



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JAIRO DE JESUS FERREIRA

***DASEIN E GIRO ONTOLÓGICO LINGUÍSTICO DENUNCIAM O MITO
DO DADO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO 385 DA
SÚMULA DO STJ***

Salvador

2017

JAIRO DE JESUS FERREIRA

DASEIN E GIRO ONTOLÓGICO LINGUÍSTICO DENUNCIAM O MITO DO DADO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO 385 DA SÚMULA DO STJ

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador(a): Professor Doutor Daniel Oitaven Pamponet Miguel.

Salvador

2017

JAIRO DE JESUS FERREIRA

DASEIN E GIRO ONTOLÓGICO LINGUÍSTICO DENUNCIAM O MITO DO DADO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO 385 DA SÚMULA DO STJ

A presente monografia foi aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em direito no curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, _____ de setembro de 2017.

Banca Examinadora

Daniel Oitaven Pamponet Miguel – Orientador: _____

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), e Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA);

Antônio Sá da Silva - Examinador: _____

Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra;

Tiago Silva de Freitas – Examinador: _____

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida e pela oportunidade de realizar este trabalho, pois que sem sua proteção e sua bondade eu nada seria.

A toda minha família, por todo amor e por toda contribuição. Em especial aos meus pais, que nunca medem esforços para me ver sorrindo.

Ao Professor Antônio Sá da Silva, professor de Filosofia do Direito, pois que enquanto monitor vivi uma das mais gratificantes sensações que a vida acadêmica pôde proporcionar.

Ao Professor Daniel Oitaven Pamponet Miguel, por toda a atenção dispensada a esse trabalho. Sem suas contribuições, bem como sem seu grande respeito por minhas ideias, as dificuldades seriam ainda maiores.

Ao Professor Tiago Silva de Freitas, pois, embora nosso contato seja mais recente, contribuiu com algumas das minhas inquietações em suas aulas de Ética.

Aos amigos e demais professores que conheci durante essa bela trajetória de graduação.

À Universidade Federal da Bahia, pois em razão dela vivi as melhores experiências de minha juventude.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar criticamente o enunciado 385 da súmula do Superior Tribunal de Justiça para saber se, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, e a partir das normas que regulam as relações consumeristas, ela confirma o *mito do dado* e contradiz o ordenamento jurídico no que este revela a respeito do dano moral e do dever de indenizar. Nessa nossa jornada, caminharemos em terreno de hermenêutica filosófica e de hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva para saber se há racionalidade na adoção das súmulas como *método* de solucionar casos judiciais, assim como faremos uma análise comparativa entre *common law* e *civil law*, na tentativa de entender o que dá sustentação ao *precedente* e se súmula é *precedente*. É importante ressaltar que algumas considerações aos paradigmas objetivista e subjetivista também serão tecidas, sempre investigando a relação dos mesmos com a possibilidade de uma *teoria do conhecimento*. Só assim é que, particularizando, buscaremos responder pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade do enunciado 385 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS CHAVES: GIRO ONTOLÓGICO LINGUÍSTICO. RELAÇÕES CONSUMERISTAS. SÚMULA. INCONSTITUCIONALIDADE.

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to analyze critically the sentence 385 of the Supreme Court's ruling to determine whether, in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, based on norms that regulate consumer relations, it confirms the myth of data and Contradicts the legal system is not the reveals regarding moral damage and the duty to indemnify. In this journey, we will walk in the field of philosophical hermeneutics and Heteroreflexive juridical hermeneutics to know if there is rationality in the adoption of precedents as a method to solve judicial cases, as well as we will make a comparative analysis between common law and civil law, in an attempt to understand what Give support to the precedent and if precedent is precedent. It is important to emphasize that some considerations for objectivist and subjectivist paradigms are also formulated, always investigating a relation between them and a possibility of a theory of knowledge. This is the only way in which, in particular, seeking the answer to the constitutionality or unconstitutionality of sentence 385 of the Supreme Court's ruling.

KEYWORDS: ONTOLOGICAL TURNING LINGUISTIC. CONSUMER RELATIONS. SUMMARY. UNCONSTITUTIONALITY.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1.0 LEVANDO À SÉRIO A HERMENÊUTICA.	
FILOSÓFICA.....	12
1.1 FILOSOFIA E CIÊNCIA NA ANTIGUIDADE.....	12
1.2 CIÊNCIA E FILOSOFIA NA MODERNIDADE.....	17
1.3 OBJETIVISMO, SUBJETIVISMO E GIRO ONTOLÓGICO LINGUÍSTICO.....	19
1.4 ENTRAR NO CÍRCULO HERMENÊUTICO.....	24
2.0 NOÇÕES INICIAIS SOBRE OS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>.....	27
2.1 DIREITO CONSUETUDINÁRIO E DIREITO ESCRITO.....	27
2.1.1 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	31
2.2 PRECEDENTE E SÚMULA “DE MÃOS DADAS”?.....	36
2.3 JURISPRUDÊNCIA NO <i>COMMON LAW</i> E NO <i>CIVIL LAW</i>	39
2.4 DOCTRINA DOS PRECEDENTES NÃO É SINÔNIMO DE <i>STARE DECISIS</i>	40
2.5 <i>PRECEDENTE, RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM</i>	42
3.0 OS BANCOS DE DADOS E OS CADASTROS DE CONSUMIDORES.....	45
3.1 TRATAMENTO LEGAL QUANTO AOS CADASTROS DE CONSUMIDORES.....	45
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL, DANO E NEGATIVAÇÃO.....	47
3.2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO.....	48
3.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA.....	50
3.2.2.1 OS PRESSUPOSTOS	52

3.3 O DANO MORAL.....	55
3.4 O ENUNCIADO 385 DA SÚMULA DO STJ E A NEGATIVAÇÃO.....	57
3.4.1 ORIGENS E APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 385 DA SÚMULA DO STJ ...	60
3.5 POSSIBILIDADE DE NEGAR APLICAÇÃO AO ENUNCIADO 385	63
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

Sempre que um caso levado ao crivo do Poder Judiciário envolve a inscrição indevida em cadastro de restrição ao crédito, o debate acerca da existência ou não do dano moral, bem como de sua conseqüente reparação, vem à baila. É notório que existe, atualmente, entendimento quase que unânime no sentido de que, uma vez comprovada a ilegitimidade da negativação em algum cadastro de proteção ao crédito, o dano moral é presumido e, assim, impõe-se o dever de indenizar. Quase todos os manuais que tratam a respeito da *Responsabilidade Civil* trazem uma série de decisões dos tribunais nesse sentido. É o conhecido dano *in re ipsa*.

A discussão, no entanto, ganha ainda mais repercussão no momento em que, havendo negativação indevida em cadastro de restrição ao crédito, a anotação ilegítima é precedida de inscrição consonante com o ordenamento jurídico. Anote-se, ainda, e isso é o que mais nos interessa no presente trabalho, que o Superior Tribunal de Justiça, no enfrentamento dessa matéria, editou o enunciado 385 da sua súmula, asseverando que “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

Daí em diante passou a ser comum a invocação desse enunciado para que uma série de demandas tivessem os pleitos de indenizações por danos morais julgados improcedentes. Isso vem gerando uma série de críticas doutrinárias a essa postura do Superior Tribunal de Justiça, pois que, com a aplicação do dito enunciado, a busca pela resposta correta ao caso concreto poderia estar seriamente ameaçada pela resposta geral e abstrata pretendida pelo verbete.

Nesse nosso caminho a ser percorrido, muito mais do que analisar correntes contrárias e favoráveis ao referido enunciado sumulado, o que por si só reforça a repercussão do tema, pretendemos analisar se há ou não racionalidade na adoção da edição das súmulas de tribunais como forma de encontrar as respostas pretendidas quando do exercício da jurisdição. É assim que, da análise da racionalidade das súmulas enquanto *método*, e buscando sempre a Constituição da República Federativa do Brasil como o parâmetro, como não haveria de deixar de ser, concluiremos pela racionalidade ou irracionalidade do enunciado 385.

Foi somente a partir dessa grande invocação ao que disposto no verbete 385 que, um tanto como que perplexo diante da situação descrita, surge essa nossa inquietação, que abre os horizontes para um mergulho mais atento não somente à questão da existência ou não do dano moral em situações abrangidas pelo polêmico enunciado 385, mas também na própria importância e no sentido da atuação dos tribunais.

Na primeira vez em que me deparei com a situação enunciada no verbete 385 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, enquanto estagiário da 22ª Vara Cível e de Relações de Consumo da Comarca de Salvador, no ano de 2015, a reação foi de plena reprovação ao enunciado, utilizado como fundamento para julgar improcedente certa pretensão indenizatória que tramitava no mesmo Juízo Cível e de relações consumeristas.

Foi somente mais tarde, entretanto, após contato com algumas das ideias de Heidegger e Gadamer, por intermédio da *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*, de Wálber Araujo Carneiro, bem como por intermédio de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (em “*O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*”), que veio à mostra o contexto que resulta na produção em massa das súmulas e dos ementários jurisprudenciais, e que lhes empresta intenso poder de vinculação.

É a partir dessa nossa constatação que o exame da constitucionalidade do enunciado 385, que antes era restrito ao exame de meras classificações doutrinárias, e dotado de superficialidade, tornou-se mais profundo e, dessa maneira, esse nosso mergulho epistemológico nos levou ao exame do pensamento de algumas ideias e lições de determinados doutrinadores, como o pensamento de Antônio Castanheira Neves e sua crítica contundente aos *assentos* adotados em Portugal.

Assim sendo, fugiremos do simples exame de enunciados de leis, dotados sempre de generalidade e abstração, ou de uma exclusiva análise de um nível apofântico, para examinar se a verdade do caso concreto pode colidir com a súmula do STJ. Fugiremos, também, da confusão existente entre súmula e precedente, assim como deixamos de lado o *sujeito assujeitador* do objeto e afirmamos compromisso com o *sujeito* que se relaciona com o *objeto*; o *sujeito* do giro ontológico linguístico.

A intenção, em verdade, é saber se o enunciado 385 colide com a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como saber qual o paradigma tem a pretensão de sustenta-lo. É assim que o presente trabalho vai além da análise do conceito de *dano moral* e de seus pressupostos, lançando suas bases na busca pela essência perdida e numa análise crítica da primazia da resposta frente à pergunta.

Em nosso primeiro capítulo, iniciaremos o trabalho por traçarmos uma abordagem da relação que se dá entre ciência e filosofia no período antigo e na modernidade, bem como, seguindo o nosso percurso ainda nesses períodos históricos, buscaremos analisar o paradigma que prevalece e que sustenta cada um desses períodos para que, posteriormente, tenhamos por estabelecidas as premissas de uma nossa crítica ao modelo de ciência que, forjado na modernidade, tanto insiste em povoar a *prática jurídica* brasileira.

Aí também lançaremos, ainda, as bases para que, entre *objetivismo*, *subjetivismo* e *giro ontológico linguístico*, tenhamos por satisfeita a nossa pretensão de uma compreensão crítica do enunciado 385 da súmula do Superior Tribunal de Justiça que se dê para além das transgressões às normas constitucional e infraconstitucional que afirmam o dever de indenizar quando existente o dano moral.

Já em nosso segundo capítulo, essa nossa inquietação nos levará ao enfrentamento das matérias concernentes ao *precedente judicial*. No início, faremos algumas considerações acerca de direito consuetudinário e de direito escrito, bem como as semelhanças e diferenças entre *common law* e *civil law*, objetivando, desta forma, entender a *tradição jurídica* brasileira e os motivos da promoção de sua frequente abertura, por vezes de forma irresponsável e irracional, à adoção de *institutos* e *tendências* ínsitas a tradições alienígenas.

É assim que, dando sequência a essa nossa pesquisa, ainda no segundo capítulo, afirmaremos a necessária distinção entre súmula e precedente, desmistificando a equivocada ideia de que a forte tendência brasileira à adoção da edição das súmulas, dotadas de generalidade, abstração e vinculação, atende, em verdade, a uma racionalidade de adoção do sistema de precedente judicial. Nesse mesmo caminho, também faremos algumas considerações comparativas acerca de *precedente* e *jurisprudência*, assim como sobre o papel da jurisprudência num sistema de *civil law* e no sistema de *common law*.

Por derradeiro, mostraremos a distinção entre *precedente* e *stare decisis*, bem como a necessária distinção entre *precedente*, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, que parece ser tão desconhecida por essa tendência marcada pelo excessivo objetivismo que dá vida ao *mito do dado* presente na adoção das súmulas.

O terceiro e último capítulo, após analisados os paradigmas objetivista e subjetivista, pretende, à luz da hermenêutica filosófica, demonstrar a irracionalidade do enunciado 385 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. Para isso se vale também da análise crítica dos bancos de dados e cadastros de consumidores, destacando a importância e o papel dos mesmos.

Nesse mesmo capítulo, analisaremos, pois que substancial a esse nosso trabalho, o conceito de responsabilidade civil e de dano moral, bem como de negativação legítima e de inscrição ilegítima, para que, posteriormente, possamos afirmar com maior respaldo a existência ou não do dano moral nas situações em que, existente anotação ilegítima em cadastro de restrição ao crédito, preexiste anotação legítima. Já na parte final do capítulo, analisaremos a possibilidade de negativa de aplicação ao aludido entendimento sumulado.

1.0 LEVANDO A SÉRIO A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Que ninguém tome como segredo a relação existente entre *filosofia* e *ciência*, embora a análise dessa relação em seu desenvolvimento histórico não se dê de maneira evolutiva. Há, em verdade, no que concerne a essa relação, uma série de rupturas de cunho epistemológico ao longo da História. Nosso objetivo nesse início de capítulo é tecer algumas considerações paradigmáticas a respeito da supracitada relação para que, seguindo mais à frente, por *caminhos de hermenêutica filosófica*, fiquem às claras algumas críticas que serão tecidas ao modelo de ciência louvado sob os auspícios da modernidade, bem como as influências da *técnica moderna* sobre a *prática jurídica* que vem prevalecendo no Brasil.

1.1 Filosofia e Ciência na antiguidade

É com o nascimento da filosofia que se revelam as bases para uma teoria do conhecimento, que primeiramente fora abordada em Platão e, posteriormente, objeto de estudo de Aristóteles.

Com Platão nota-se um forte viés idealista; entra em cena o sistema de ideias, apresentado a partir do dualismo mundo sensível – mundo inteligível. Nesse sentido também é a conclusão de Luís Cabral de Moncada, em “Filosofia do Direito e do Estado”, quando expõe que “Há, segundo Platão, dois mundos: o *mundo sensível* das coisas que apreendemos através do conhecimento sensível, e o *mundo supra-sensível* das ideias que apreendemos por uma espécie de visão, intuição” (MONCADA, 2014, p. 17). Quanto ao que consideramos como reais, continua Cabral de moncada, “só tem realidade na medida em que participam nas ideias ou essências do mundo supra-sensível” (MONCADA, 2014, p. 17).

É claro que as reflexões idealistas de Platão não estão fora de uma contextualização histórica. O Autor é extremamente desagradado com a relativização das leis e da *justiça suprema*, marca de um tempo em que o convencionalismo, tão “pregado” pelos sofistas, ganhava guarida na Cidade.

Nos antigos tempos, desde os primeiros alvares que se conhecem da filosofia naturalista dos jônios, no século VI a. Cr., e depois da fase mitológica do pensamento grego, a natureza das leis do Estado foi durante muito tempo julgada idêntica à das restantes leis do cosmos (MONCADA, 2014, P. 11).

Aí visualizamos o homem sem autonomia, como parte do todo. O Universo continha o homem, que apenas contemplava e refletia o universo. O direito do Estado era um direito nitidamente natural. Paira, aí, o jusnaturalismo cosmológico. E é por aí que começa o pensamento grego. Anuncia-se, paulatinamente, o alvorecer do idealismo e um tanto de flexibilização do naturalismo.

Conforme Cabral de Moncada, “Esta primeira atitude do pensamento helénico não durou, porém, muito tempo. Com HERÁCLITO (séc. VI) o Cosmos como que se anima, assumindo uma alma espiritual e intelectual” (MONCADA, 2014, p. 12). E o autor segue dizendo que

Com os Eleates (de Eléa, séc. VI), essa essência da realidade desloca-se de novo; do devir e do movimento passa a fixar-se novamente num ser estático, imóvel, embora concebido desta vez como idéia, como pensamento (PARMÉNIDES e ZENÃO), e depois ainda, com PITÁGORAS, como puro número. Era a marcha do pensamento grego do seu primitivo naturalismo para o idealismo, como tantas vezes se havia de repetir na história. Mas esse idealismo tinha nos seus pressupostos muito de naturalismo, no sentido de nele ficarem absorvidos o homem e sua vontade na substância dum todo indistinto, perante cuja lei, de natureza física ou intelectual, as leis do direito e do Estado não conservavam afinal nenhuma espécie de autonomia (Moncada, 2014, p. 12).

Somente mais tarde, e com a contribuição dos sofistas do século V, houve um despojamento do direito da cidade de sua aréola racional e divina. Com a defesa de ideias que estavam pautadas num grande relativismo, eram as leis humanas que passavam a ganhar destaque, em detrimento de uma superioridade absoluta das leis da natureza. Na verdade, à luz das leis humanas começam a existir críticas às leis da natureza. E isso tudo ocorre em razão do certo estado de cansaço em que se encontrava o pensamento grego, em relação aos muitos excessos ocorridos no período anterior, especialmente por conta da grande especulação de outrora, marcada pelo idealismo e pelo naturalismo, também por conta dos Jónios e dos Eleates. E é em razão desse cansaço que o pensamento grego, meio que desiludido, volta-se para o cepticismo (MONCADA, 2014, p.12).

Tem-se, com isso, o florescimento de concepções pautadas no convencionalismo, onde o próprio Estado teria sido fruto da vontade convencionalista dos homens. Os sofistas são vistos como pragmatistas; eram os primeiros “anti-metafísicos de todos os tempos” (MONCADA, 2014, p.14). Aliás, sobre o convencionalismo, pertinentes são as conclusões acerca de Crátilo, escrito

por Platão, que bem representa o certo compromisso da filosofia com o problema da verdade. Em Crátilo, onde já se anuncia a filosofia da linguagem, Hermógenes, que representa os sofistas, acaba defendendo que entre a palavra e a coisa não há qualquer tipo de ligação (MARCONDES, 2010). É claro que se entre as palavras e coisas não existem nenhuma ligação, mas simplesmente uma vontade, uma convenção, podemos sim concluir que a busca da verdade deixa de ser vista como prioridade. O convencionalismo, assim, cultuará a argumentação persuasiva e negará a *essência*. Eis aí um *rompimento paradigmático* provocado pelos sofistas.

Com Aristóteles, encontramos o desenvolvimento de uma complexa “teoria do conhecimento” (CARNEIRO, 2011, p. 31) que servirá de modelo para as pretensões de ciência da modernidade, embora a formação da ciência moderna despontasse sob influência de uma série de necessidades de soluções “práticas” a uma gama de problemas e desafios que emergiam do desenrolar dos dias. Necessidades de controle de pragas, como por exemplo a grande praga de 1655, em Londres, que levou à morte o expressivo número de setenta mil pessoas.

A ciência moderna tem uma cega pretensão, por meio do desenvolvimento de pressupostos e através do método, de aniquilar os imprevistos inerentes à vida em sociedade. E essa cegueira é também objeto de “denúncia” do presente trabalho. Afastamo-nos da “subjetividade-assujeitadora” para firmar compromisso com “o ser aí”. Quando à aludida teoria do conhecimento desenvolvimento do grande mestre de Estagira, pertinente é a observação de Wálber Araújo Carneiro, para quem

Sistematizar o pensamento de Aristóteles ou, pelo menos, sua teoria do conhecimento, implica um reducionismo duvidoso, mas necessário em razão do limitado espectro dessa abordagem. O ponto de partida seria, então, a constatação de que há em Aristóteles uma ‘sequencia gradual de capacidades epistêmicas’ que ‘parte de um saber simplesmente primeiro, a percepção singular, e tem o ápice num saber simplesmente superior, a filosofia, entendida como conhecimento dos primeiros princípios’. Essa escala estaria dividida em cinco níveis. No primeiro estaria a *percepção* do singular; no segundo, o registro das percepções na *memória*; no terceiro, o enriquecimento das percepções por meio da experiência das relações de *causa e efeito*; no quarto, a explicação para as relações de *causa e efeito*, alcançando-se o conhecimento de um *universal* do *conceito* e dos *motivos* de uma coisa; por fim, em um último nível, chega-se ao conhecimento dos *primeiros princípios*. Os dois primeiros níveis são comuns a qualquer animal, sendo característico do homem os demais níveis (CARNEIRO, 2011, p. 32).

A *filosofia primeira* é a grande responsável pelo conhecimento dos primeiros princípios. É um saber que precede todos os outros. No que concerne à ciência ou

episteme, em seu sentido estrito, ou seja, como apodíctica, está associada com a demonstração, chamada de *silogismo científico*. E com Wálber Carneiro dizemos que

Um indivíduo humano conhece uma coisa cientificamente quando detém uma convicção a que chegou de uma certa maneira e quando os primeiros princípios em que se apoia essa convicção lhe são conhecidos com certeza, pois a menos que ele esteja mais certo de seus primeiros princípios do que da conclusão deles extraída limitar-se-á a possuir o conhecimento em pauta acidentalmente (CARNEIRO, 2011, p. 35).

A matemática, a geometria e a física destacam-se como *episteme*. Citando Gadamer, Wálber conclui que “tal como a *filosofia primeira* (metafísica), trata-se (a *episteme*) de um saber teórico que se justifica por si mesmo, não estando inserido dentro de um modelo utilitarista como o da ciência moderna” (WÁLBER, 2011, p. 35).

A *técnica* (ou arte), ou *techné*, também não se confunde com a *filosofia primeira*, nem com a *episteme*, pois está voltada para a classe das coisas variáveis; por meio da *techné* é possível, a partir da base, fabricar algo. É saber que está direcionado para a produção/aplicação. O valor não está no saber em si mesmo, mas sim no que pode ser produzido a partir do conhecimento, a exemplo da atividade de carpintaria, ou na atividade do ferreiro, dentre outras centenas de atividades. Para Aristóteles, citado por Wálber Carneiro,

Uma arte é o mesmo que uma qualidade racional concernente ao criar (fabricar) que envolve um processo verdadeiro de raciocínio. Toda arte se ocupa em trazer alguma coisa à existência, e dedicar-se a uma arte significa estudar como trazer ao existir uma coisa que é possível existir ou não, a causa eficiente da qual estando no criador e não na coisa criada, pois a arte não se ocupa com coisas que existem ou passam a existir (vêm a ser) necessariamente ou pela natureza, uma vez que essas coisas possuem suas causas eficientes em si mesmas (CARNEIRO, 2011, p. 35).

Assim, sendo a arte uma qualidade racional concernente ao criar, e não algo que pretenda apenas a mera repetição ou a reprodução, Aristóteles reafirma a diferença entre fazer e criar, sendo que a arte é relacionada ao *criar*, e não ao *fazer*. Dessa forma, resta evidente que a técnica para os gregos não se relaciona, apenas, ao *fazer* que diz respeito a uma mera habilidade artesanal, “mas também do fazer na grande arte e das belas artes”, o que torna a produção algo *poético*, diferenciando-se significativamente da técnica moderna” (CARNEIRO, 2011, P. 35-36), pois que a técnica da modernidade utiliza o *fazer* como reprodução; ela que não cria.

Já a prudência não se confunde com saber científico nem com a arte. Mais uma vez Wálber Carneiro, citando o mestre de Estagira:

“Não é conhecimento científico porque assuntos relacionados à conduta admitem mutação; e não pode ser arte porque o criar e o fazer são genericamente diferentes, posto que o criar visa a um fim que é diferente do ato de criar, enquanto no fazer o fim não pode ser outro senão o próprio ato, ou seja, fazer bem é em si mesmo o fim. Insiste-se, portanto, que a prudência é uma qualidade racional de consecução da verdade, que concerne à ação relativamente a coisas que são boas e más aos seres humanos” (CARNEIRO, 2011, p. 36).

A *prudência* ‘não se limita a ser uma qualidade racional’, na medida em que ela não se exaure na dimensão reflexiva. O homem, diante da necessidade de deliberação sobre aquilo que ele ‘deve fazer’, não está sujeito a ‘cair no esquecimento’, o que faz de uma falha prudencial algo muito diferente de um mero lapso de memória. Ainda que esta resposta envolva um *cálculo*, a *prudência* ‘implica o conhecimento de fatos particulares, o que somente a experiência pode propiciar’ e, em sendo assim, do mesmo modo que esse saber não pode ser adquirido por meio de um ensino sistemático, ela também não pode ser ‘esquecida’. A *práxis* ‘já pressupõe a educação, isto é, exercício e formação madura dos modos de comportamento. Com isso, Aristóteles conclui que, ‘embora os jovens possam ser mestres em geometria, matemática e ramos similares do conhecimento, não há como considerar que um jovem seja prudente’ ou, até mesmo, um filósofo, já que tais saberes são produto dos anos (CARNEIRO, 2011, p.37).

O que parece ocorrer na modernidade é o abandono do modelo epistêmico de Aristóteles e a adoção de um modelo filosófico que assume a pretensão silogística. Com fortes aberturas para as demonstrações matemáticas os saberes especializados da ciência vão se afastando de outros saberes e, em seguida, vinculam-se a uma espécie de técnica da reprodução que faz com que o homem seja posto à sua disposição. Não há, aqui, uma técnica da *criação*, mas sim uma técnica do *fazer*.

A matemática passa a fornecer à ciência moderna não só o instrumento de análise, como também a lógica da investigação, fazendo do rigor científico sinônimo de quantificação e redução de complexidade. Tais pretensões se convertem nas características que marcam esse movimento, tais como a secularização, a subjetividade do sujeito do conhecimento, a transformação da *práxis* em *teoria aplicada* e a pretensão de neutralidade, que já podiam ser percebidos na mecânica de Galileu e na filosofia de Descartes (CARNEIRO, 2011, p. 40).

E Wálber prossegue, asseverando que

Para Gadamer, com a mecânica de Galileu e a difusão de seus processos em todo o campo da experiência, nasceu uma ideia de ciência que se separou dos fundamentos da *filosofia primeira* e de seu substancialismo, encontrando na matemática e na ideia de método a relação entre abstração e verificação através do medir, pesar e contar (CARNEIRO, 2011, p. 40-41).

A técnica dos gregos, como vimos, não se projeta nas pretensões da sociedade e dos interesses prevaletentes para os homens. O que defendemos, seguindo o entendimento de Wálber Araújo Carneiro, é que a técnica não se coloca num plano secundário, ou subalterno, diante da ciência. A técnica é essência que determina e possibilita a própria ciência. A técnica grega não envolve uma causa que a determina e condiciona, ou que a escravize à sociedade e aos valores prevaletentes da sociedade. Ela é uma arte que deve ser levada a sério; deve ser realizada com imensa responsabilidade (CARNEIRO, 2014, p.44).

1.2 Ciência e filosofia na modernidade

Com a aproximação do duradouro século XIX o que temos é a efervescência de uma concepção de ciência ainda mais radicalizada, que caminha incansavelmente e, por muitas vezes, devastadora, a passos largos na busca por autossuficiência.

Assim, pobre filosofia. Será rebaixada a um dicionário semântico a serviço das áreas especializadas. O positivismo do século XIX, com Comte, pretende abafar as possibilidades de uma filosofia como vimos outrora, como uma “*filosofia primeira*”. E, diga-se logo, as *ciências naturais*, aí, vão prevalecer e subjugar as *ciências humanas*. No dizer de Cabral de Moncada, quando cuida de refletir sobre o Positivismo, concorda que

O positivismo pode definir-se como o definiu LITRE: uma atitude mental que visa a *dar à filosofia o método positivo das ciências e às ciências a ideia de conjunto da filosofia*. Essa foi com efeito, a tarefa de Comte, e outra não foi também a dos seus émulos do outro-lado do canal. A sua posição fundamental pode resumir-se da seguinte maneira *negativa*: repúdio formal de tudo o que, de perto ou de longe, pudesse lembrar a metafísica ou ter cara de metafísica, entendendo-se por metafísica toda a proposição que exercesse o domínio da experiência e da observação humana dos *factos sensíveis*. Renúncia, portanto, a toda a forma de compreender e explicar que não se fundem exclusivamente na observação dos factos e das suas relações de antecedência e consequência (MONCADA, 2014, p. 309).

Era como que necessário à modernidade afirmar uma nova perspectiva para a ciência. Parece que, para a modernidade, era preciso afirmar que, em sua formação no decorrer da história, as ciências trilharam por uma ordem, organizando-se conforme o teor de complexidade apresentada pelos fatos, sendo assim desde as

ciências matemáticas até às sociológicas. A crítica contraposta a essa noção é a de que ela tem a pretensão, na verdade, de reduzir as ciências do homem ao modelo das ciências da natureza e da matemática (MONCADA, 2014, p.310).

Perceptível, assim, que a ciência era mesmo colocada à disposição do homem em sua empreitada para dominar o mundo. Para Cabral de Moncada, desde Galileu a ciência possibilitara ao homem o império sobre a natureza através da técnica, o que levou ao fortalecimento da ideia de que, do mesmo modo, também a vida moral e política, tanto do indivíduo quanto da sociedade, precisaria ser submetida a uma semelhante técnica, que, como resultado, traria como que um fortalecimento humano e um certo controle e domínio do destino. Esse domínio era o grande objetivo perseguido pelo positivismo.

A sujeição de toda a vida da cultura aos esquemas das ciências naturais, com a entronização da ideia de causalidade mecânica, representava, porém, não só uma mecanização de todo o pensamento, mas uma subestimação, ou mesmo um total desprezo, por todos os conteúdos ideais e espirituais da vida tanto do indivíduo quanto da sociedade. E foi nisso o que se deu. Todos os positivismos, desde Saint-Simon até Spencer, acharam-se de acordo em reconhecer que o mais elevado grau de evolução da civilização humana não podia deixar de corresponder a uma época essencialmente técnica e industrial (MONCADA, 2014, p. 311-312).

Em frente, Cabral de Moncada segue afirmando que o positivismo despojava a filosofia de tudo o que nela havia de filosófico, e que fazia confusão entre a *essência das coisas* e a dimensão *axiológica* das mesmas, além de que o seu critério de bem e de verdade era o ponto de vista relativo dos interesses de cunho material do indivíduo, ou de uma nação privilegiada, ou de classes. Contudo, ainda que bombardeada com tantos eventos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a quase morte da filosofia, não fulminaram o movimento filosófico. Na Europa ainda restavam como que resquícios de filosofia, ora por meio de uma *má consciência*, ora como um remorso, sempre a trazer perturbações e inquietações às pretensões de tranquilidade e de autossuficiência pregadas pelo positivismo (MONCADA, 2014, p. 319).

São os prenúncios do fôlego de vida que toma a filosofia para que, outra vez energizada, ponha-se de pé, como o coração que reage ao desfibrilador. Com Wálber Araújo Carneiro, entoamos que

Se no perigo extremo é onde estaremos mais perto da salvação, o século XIX sorratamente apontará outros caminhos. Por um lado, os próprios cientistas começam em seu processo autorreflexivo a indagar sobre as possibilidades de um

modelo epistemológico único, questão colocada em pauta por Dilthey. ‘Desde a primeiríssima germinação de seus esforços intelectuais, lá por 1860, até suas últimas anotações’, ao colocar ‘todo o trabalho de sua vida sob o Leitmotiv de uma crítica da razão histórica, cuja tarefa seria a de legitimar gnosiologicamente o nível científico das ciências do espírito’. Por outro, com Hegel, ainda que essa busca esteja diretamente influenciada pela necessária justificação metodológica, contém ingredientes decisivos na retomada de um estatuto autônomo para a filosofia (CARNEIRO, 2011, p. 54).

Destarte, resta evidente que o ultrapassado modelo de ciência da modernidade, esse mesmo que ignora a filosofia prática vista nos gregos, não deve ser o lugar do fundamento do direito. Nosso modelo “tecnológico” de direito acredita, erroneamente, que bastam as classificações, a edição de enunciados de súmulas dos tribunais, enfim, para dar respostas jurídicas aos problemas jurídicos que se mostram. E isso compromete a seriedade e a responsabilidade exigidas no momento de decidir os conflitos que se põem em busca de solução. É por isso que travamos um combate em defesa do abandono da técnica moderna, meramente reprodutiva, que insiste em *impregnar* o meio jurídico, representada pela edição das súmulas dos tribunais, para mergulhar nas vicissitudes de cada caso concreto e, assim, decidir com legitimidade e com responsabilidade com o *ser aí*.

1.3 Objetivismo, Subjetivismo e Giro Ontológico Linguístico.

Antes que se iniciasse o período compreendido como “moderno”, pairava com mais força um certo objetivismo. Acreditava-se que existia uma real ligação entre ser e essência; acreditava-se que o sentido era dependente do objeto.

É na modernidade que, como ressalta Lenio Luiz Streck, anuncia-se, digamos assim, a morte do paradigma objetivista. Bem verdade que existem muitos resquícios, e fortes resquícios, como abordaremos mais à frente, a povoar o cenário jurídico brasileiro até os nossos dias. Sobre a queda do mencionado paradigma, vejamos o que diz o Lenio:

A superação do objetivismo (realismo filosófico) se dá na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (*Aufklärung*). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *iluminatio divina*. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra ‘sujeito’ muda de posição. Ele passa a ‘assujeitar’ as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão (STRECK, 2013, p.13).

É somente no século XX, e isso em muito nos interessa, que eclode um rompimento com o paradigma subjetivista, ou filosofia da consciência, impulsionada pelo nascimento daquilo que passou a ser chamado giro ontológico linguístico, e esse giro introduz a filosofia no mundo prático.

Conforme Lenio Streck, há uma invasão da linguagem no campo da filosofia, e isso transfere o campo do conhecimento para o próprio campo da linguagem, que é onde o mundo se mostra. É que a ação só tem lugar na linguagem, e assim também se dá com o sentido. Não é possível buscar o sentido na consciência. Assim, é na linguagem que o sujeito nasce e, dessa maneira, não há espaço para que viva o sujeito assujeitador típico da modernidade. Na linguagem há vida apenas para outro tipo de sujeito, que é o sujeito que se relaciona com os objetos, e não aquele que os assujeita e condiciona. Clarificada a distinção entre esses sujeitos, dois tipos de sujeitos, denunciemos o equívoco resultante da má compreensão do giro ontológico linguístico, quando muitos confundem o *sujeito* nos moldes da filosofia da consciência, com o sujeito que se faz presente em todo ser humano e na relação de objetos (STRECK, 2013, p. 14-15).

Mesmo após tecidas as críticas ao paradigma objetivista, de respostas que são oferecidas antes mesmo das perguntas, tal paradigma ainda é bastante cultuado. Afinal, o que são as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, senão “belo” exemplo de objetivismo? Lamentavelmente as súmulas carregam consigo audaciosa pretensão de antecipação do sentido. Tal pretensão objetivista leva-nos a um perigoso mergulho no “mito do dado”; no arbítrio do dado. São elas, as pretenciosas e objetivistas súmulas, causas da lamentável prática brasileira de reanimar a intenção de construir realidades que se pretendem sobrepostas à própria legalidade, onde conceitos e ementários ganham vida própria independente. Os enunciados das súmulas, assim, bem como os ementários, passariam a conter o elemento substancial de todas as demandas levadas ao judiciário. É essa a crença desastrosa e, no mínimo, romântica que infesta o cenário jurídico no Brasil.

Agora, como se não bastassem as súmulas e seus enunciados vinculantes, cresce a ilusão, como demonstraremos no próximo capítulo (pois que *súmula* não é *precedente*, também porque há *precedente* aonde resta enraizado o *civil law*), de

que se implanta o sistema de precedentes no Brasil, que, ainda, traz consigo, e o vigente Código de Processo Civil não nos deixa mentir, a vinculação às súmulas “não-vinculantes”, haja vista a crescente possibilidade do uso da reclamação constitucional como forma de atacar decisões que não apliquem as súmulas editadas pelos tribunais outros que não o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, em “Curso de Direito Processual Civil, volume 3”, ao aduzirem que

Embora revogada a Resolução n. 12/2009, continua a ser cabível a reclamação para o STJ contra decisão proferida em Juizado Especial Cível. A reclamação é cabível nos termos do próprio Código de Processo Civil. Com efeito, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, caberá reclamação ao STJ para garantir a autoridade de suas decisões. O termo “autoridade de suas decisões” abrange enunciado de sua súmula de jurisprudência e casos de decisão judicial teratogênica (JÚNIOR, CUNHA, 2017, p. 634).

Talvez seja por isso, e de fato acreditamos que seja, que, num cenário tão infestado pelo objetivismo, quase não mais discutimos sobre a necessidade de encontrarmos respostas corretas no direito. E dizemos *corretas* no sentido de encontrar a resposta à luz do caso concreto, e isso sempre respeitando o Estado Democrático de Direito. Ao invés disso, reservamos lugar apenas às discussões de *teses*, dando vida ao mito do dado e negando a linguagem e o giro ontológico linguístico enquanto referenciais. A busca incansável pelo método, pelo desenvolvimento de conceitos e por condensação de resposta sem pergunta, como já afirmamos, vai dando vida aos inúmeros enunciados de súmulas.

O louvor ao paradigma da filosofia da consciência também não nos passa despercebido. Na verdade, embora o legado do século XX, com a filosofia da linguagem, tenha jogado por terra a “subjetividade assujeitadora”, a prática jurídica brasileira, até mesmo na legislação, insiste em abraçar o subjetivismo. Basta recordarmos a defesa do amplo protagonismo e poder discricionário atribuídos ao juiz por vários doutrinadores e, por vezes, expressados na legislação. Rui Portanova, ressalta Lenio Streck, chega a asseverar que

é difícil acreditar em algo que possa restringir a liberdade do juiz de decidir como quiser. É preciso reconhecer realisticamente: nem a lei, nem os princípios podem, prévia e plenamente, controlar o julgador. E complementa: “Depois de tantos anos, os juízes aprendem como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor. *Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la* (STRECK, 2013, p. 36-37).

Outro lamentável exemplo do aludido paradigma subjetivista encontramos na prática dos nossos tribunais, especificamente âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em parte de voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim porque a maioria de seus integrantes pensam como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a notável declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. (AgReg em REsp nº 279.889/AL, julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001, STJ).

Infeliz, no mínimo, o que diz o Ministro. Afinal, se correta tal afirmação solipsista, tudo dependeria da vontade pessoal do juiz, o que seria desastroso para a democracia. Por isso é necessário, como quer a hermenêutica filosófica, superar o assujeitamento que o sujeito exerce sobre o objeto na filosofia da consciência. O solipsismo, dizemos com Lenio Streck, é

a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles. Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um Eu que comanda o Mundo, ou seja, *o mundo é controlado conscientemente ou inconscientemente pelo Sujeito*. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. *O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é* (STRECK, 2013, p. 61).

O solipsismo ignora o caráter antecipador da compreensão, caráter esse ligado a um *a priori* histórico compartilhado. O solipsismo é uma perigosa ilusão teórica que repousa na imaginação constituída a partir do período moderno.

Também é engano acreditar que o problema da linguagem se resolve a partir de “clarificações” ou de melhores adequações de conceitos. O problema de muitas teorias analíticas é que trazem consigo a ideia de que antes de conceitos não existe nada. Daí a espécie de fetiche da dogmática jurídica por “conceitos sem coisas”, por respostas sem pergunta. Parecem esquecer, ainda, as teorias analíticas, que a hermenêutica precisa caminhar com a história da filosofia que é “condição de

possibilidade do filosofar e a representação sintático-semântica dos conceitos é apenas a superfície de algo muito mais profundo” (STRECK, 2013, p. 41). E Lenio que segue afirmando que

aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico conceitual que aparece no discurso *apofântico*, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é *hermenêutico*. Daí que, para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o *dito* sempre carrega consigo o *não dito*, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que já foi mostrado pelo discurso (*logos*) apofântico, mas sim daquilo que permanece retido – como possibilidade – no discurso (*logos*) hermenêutico (STRECK, 2013, p. 41).

O giro ontológico-linguístico mostra-nos que *somos* no mundo e, assim, já não estamos em nós mesmos quando nos relacionamos com as coisas. Em verdade, quando dessa relação, estamos fora de nós. Esse mundo é um lugar de significância, onde a linguagem é condição que possibilita o acesso a esse mundo, o que faz com que não exista espaço para que viva o sujeito solipsista, embora insista em sobreviver em boa parte do cenário jusfilosófico (STRECK, 2013, p. 62).

Assim, já não dá para continuarmos a insistir em trazer respostas prontas sem que antes existam perguntas, como bem pretendem os enunciados de súmulas. Utilizamos o *ser* imerso na linguagem para afirmar a hermenêutica como um universo de três andares, em que a proposição é duplamente derivativa: ela se apoia na interpretação que, por sua vez, se apoia na compreensão. “É dizer, esta – a compreensão – *sempre acontece antes* (antecipação de sentido); os métodos (de interpretação) sempre chegam tarde”. (STRECK, 2013, p.76).

Definitivamente, uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir dos dois teoremas fundamentais (a expressão é de Stein) formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o *Dasein* já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial, e não uma propriedade ‘colada’ sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de ‘reino intermediário’. A menos que se entenda que os sentidos e os entes (que, assim, estariam à espera do ‘acoplamento significativo’) existam independentemente um do outro; a menos que seja possível argumentar a partir de ‘categorias metafísicas’ (significantes primordiais-fundantes, espécie de ‘universais’) ou que se acredite na existência de proposições que possam representar o mundo” (STRECK, 2013, p. 79-80).

E com isso sustentamos que não há mais espaço para uma hermenêutica que seja metodológica, pois não mais interpretamos para poder compreender. O que ocorre é exatamente o contrário: compreendemos para interpretar, e isso torna a

hermenêutica produtiva, e não meramente reprodutiva, como a técnica louvada pela modernidade, e aqui lembremos que a técnica moderna, reprodutiva, afasta-se da técnica criativa de Aristóteles, como afirmamos mais acima. Não há mais lugar para a relação sujeito-objeto onde está presente o círculo hermenêutico. A interpretação pressupõe um sujeito que compreende, e aqui um sujeito não assujeitador do objeto; um sujeito que também é tradição e história; um sujeito que está no círculo e um sujeito no mundo.

1.4 entrar no círculo hermenêutico

A refutação que Gadamer faz ao método deve ser compreendida num contexto onde a ciência moderna é governada pela técnica. As consequências nefastas de tal domesticação da ciência já foram, aqui, analisadas. Dirá Gadamer, citado por Wálber Araújo Carneiro, que

a tarefa primordial da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia lhe sejam impostas por intuições ou noções populares, mas, ao contrário da tradição cartesiana, o enfrentamento desse problema não se dará mediante a anulação dos pré-conceitos para a livre construção metodológica da verdade científica, mas a partir do enfrentamento da autenticidade de tais pré-conceitos (CARNEIRO, 2011, p. 85-86).

Assim, é necessário entrar no círculo hermenêutico de forma correta e com responsabilidade. Essa entrada no círculo não é decorrência da disponibilidade de nossos pré-juízos. Com Wálber, a necessidade de entrar corretamente no círculo decorre da

Necessidade de revisar o projeto prévio compreensivo. “A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido”. A revisão do projeto não exclui o erro, mas indica que nos aproximemos cada vez mais da correta compreensão (ou da correta entrada no círculo), na medida em que intensificamos o movimento de revisão do projeto compreensivo (CARNEIRO, 2011, p. 86).

E com Wálber, seguimos afirmando que a interpretação só ocorre porque primeiro compreendemos. O sentido, desta forma, não se dá por meio de uma construção metodológica, nem por meio de um controle passo a passo, aonde explicitamos esse caminho para que, ao final, cheguemos a uma decisão. Primeiro decidimos, e só nos *movimentamos* no fito de uma explicação acerca do ocorrido.

Contudo, não é por meio de um cartesianismo que o ocorrido será explicitado, “sob pena de estarmos, tão somente, arrumando uma desculpa para sustentar a verdade de compreensões que já se deram, a exemplo do que ocorre na experiência jurídica moderna (CARNEIRO, 2011, p. 87).

Uma situação, assim, precisa ser esclarecida: depois de tudo que já foi aduzido no presente trabalho a respeito do paradigma subjetivista, ou filosofia da consciência, não incorremos no denunciado esquema sujeito-objeto quando dizemos que a compreensão estará sempre condicionada às nossas pré-compreensões, mesmo quando vigilantes revisamos o projeto antecipado? E mais, não seria um verdadeiro exemplo de arbítrio? Eis a resposta, mais uma vez recorrendo a Wálber Araújo Carneiro:

Definitivamente, não. Aqui encontramos um dos grandes ‘nós’ do correto entendimento da matriz hermenêutica e que, muitas vezes leva críticos apressados a condená-la ao rol das visões subjetivistas. Não podemos esquecer que Heidegger, embora tenha o sujeito como imprescindível, não mais o reconhece como o sujeito solipsista da modernidade. E Gadamer estará atento a esse fato quando afirma que não é a história que nos pertence, mas nós que pertencemos a ela. Desse modo, a ‘autorreflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada na vida histórica. *Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*’. Para o autor de verdade e método, o problema que gira em torno de uma razão crítica não está na necessária ruptura com a tradição, mas na legitimidade dos pré-conceitos condicionantes da compreensão. Se não é possível superar os pré-conceitos, sob pena de anularmos a nossa condição humana, faz-se necessário distinguir pré-conceitos autênticos de outros que devem ser refutados, os inautênticos, tornando-se esta a questão epistemológica fundamental de uma hermenêutica verdadeiramente histórica (CARNEIRO, 2011, p. 87).

É por isso que a pretensão de aplicação silogística de enunciado de súmula, ao ignorar a história e a tradição, põe de lado o compromisso necessário com a verdade de cada caso e compromete a entrada correta na circularidade hermenêutica. O direito deve ser realizado no caso a caso, e não na aplicação silogística de enunciados frios e ilusórios. O enunciado deve ser encarado, se o que é buscado é o compromisso com a circularidade hermenêutica, a fim de encontrar resposta jurídica, também como um texto ao qual deve ser atribuído sentido a partir do caso concreto.

Num exemplo claro de objetivismo e antecipação do sentido, marchando na contramão da circularidade hermenêutica, a então Ministra Elen Gracie, do Supremo

Tribunal Federal, afirmou em seu voto, em julgamento da proposta da atual súmula vinculante nº 14, que “a súmula é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”. Tempos difíceis. Enquanto grande parcela dos juristas brasileiros vai marchando na contramão da busca do sentido na linguagem, os velhos paradigmas do objetivismo-realismo e da filosofia da consciência vão sendo os grandes protagonistas da técnica jurídica. Ressalte-se, lamentavelmente, grandes protagonistas de roupagens da técnica moderna. Enquanto isso, permanecem esquecidas no “museu de grandes novidades” as boas novas anunciadas pela filosofia da linguagem, em especial a hermenêutica filosófica. Não desistamos, contudo.

2.0 Noções iniciais sobre os sistemas *common law* e *civil law*

Inicialmente, diante de nossa pretensão de abordagem, ainda que breve abordagem, do *sistema de precedentes*, por vezes tão mal compreendido na experiência jurídica brasileira, faremos uma sucinta análise acerca do *civil law* e do *common law*, a fim de alcançarmos alguns fundamentos que se apresentem como necessários à análise do *precedente judicial*. O nosso objetivo é o de examinar algumas semelhanças e distinções entre *civil law* e *common law*.

Desde já deixamos claro o nosso entendimento de que, quando realizamos a comparação entre *civil law* e *common law*, fazemos muito mais do que simplesmente analisar sistemas jurídicos, pois, em verdade, o que estaremos a fazer é, inevitavelmente, sob pena de entrarmos num perigoso labirinto acompanhados apenas por ilusões, comparar tradições jurídicas. E é assim porque a tradição jurídica consistiria em uma visão mais vasta acerca do fenômeno.

Na esteira do que dizem Lenio Streck e Georges Abboud, a tradição jurídica consiste em um composto de práticas, hábitos e costumes que são arraigados em determinada comunidade, e que foram condicionados historicamente, em relação à natureza e o papel do direito no âmbito da sociedade, também na política, a respeito da constituição e funcionamento adequado de um sistema legal, também concernente à forma em que o direito deveria criar-se, assim como sobre seu aperfeiçoamento, sua aplicação e seu modo de ser ensinado (STRECK, ABOUD, 2013, p.17).

2.1 Direito Consuetudinário e direito escrito

Diante dessa nossa intenção de abordar *civil law* e *common law*, necessária é a análise da formação do direito escrito e do direito consuetudinário. Podemos afirmar que é no século XVI que vai se consolidando a distinção entre países que adotam como principal o direito consuetudinário e países que adotam o direito escrito, posto. A parte sul da França, a exemplo, rapidamente optou pela adoção do direito romano. Entre alguns motivos que levaram a isso está o fato de que a parte sul francesa havia resistido menos intensamente que a parte norte o desenvolvimento do feudalismo, e “uma das consequências havia sido converter em

inadequadas às necessidades da época as instituições de direito romano, que se convertia por esse motivo em um direito sábio, patrimônio da igreja” (STRECK, ABBOUD, 2013, p.18).

Outro motivo decisivo era a vontade dos reis franceses que apostavam que o direito romano serviria de instrumento indispensável para a dominação da região de Languedoc e também da parte sul da França. Com isso podemos perceber, de logo, que o direito romano concebido e juridicamente utilizado rapidamente iria se transformando num verdadeiro instrumento de poder.

Logo, é como resultado de um compromisso firmado na França que surge, no século XVI, a tão famosa distinção entre países de costume e países de direito escrito, sendo que a parte sul do território francês, em razão dos motivos aqui já aludidos, também por conta da recepção sulista em relação a tradições romanistas, adota como seu direito comum o direito romano. Já a parte norte da França se recusou a adotar como direito comum o direito romano. Sobre a recepção do direito romano pelo sul da França, vimos, deve-se em muito a uma recepção favorável do povo sulista às tradições dos romanos. Lenio Streck diz que “tano assim é que, para justificar a aplicação do direito romano no Sul, o parlamento de Paris considerou o direito romano verdadeiro costume particular, em conformidade com o direito escrito, como demonstram decisões de 1312” (STRECK, 2013, p.18).

A diferente recepção do direito romano também se traduziu nos planos dogmático e técnico. Os países de direito escrito consideravam seus costumes, em relação ao direito romano, como *iura própria*, vale dizer, como direitos especiais, que deveriam ser aplicados prioritariamente. Porém, sua interpretação deveria ser restritiva, não poderiam ser utilizados de forma extensiva por meio da analogia e nem caracterizariam fonte de princípios gerais. Já os países de direito consuetudinário, não obstante eles não ignorarem o direito romano, conferiam a ele o caráter de *ratio scripta*, ou seja, apenas recorriam a ele de forma subsidiária, após o esgotamento de todos os meios oferecidos pelo direito consuetudinário para colmatar lacunas (STRECK, 2013, p.19).

E, assim, é necessário observar que não é a presença do direito romano, por si só, que permite a distinção entre países de direito consuetudinário e países de direito escrito, já que o direito romano estará presente em ambos, seja em maior ou menor medida.

A importância do direito romano e sua forma de utilização enquanto fonte do direito, dentro do sistema jurídico de cada país, é o que permite a diferenciação entre direito consuetudinário e escrito. Isso porque neste último ele deve sempre ser aplicado de maneira prioritária estruturando e sistematizando a aplicação do direito, enquanto no direito consuetudinário, sua aplicação deveria ser meramente subsidiária, quando a

solução não pudesse ser alcançada pelas alternativas oferecidas pelo direito costumeiro (STRECK, 2013, p.19).

Diferente do que aconteceu na França, em relação à influência deixada pelos romanos após a grande expansão, na Inglaterra Roma não deixou rastros permanentes. Essa é a conclusão a que chegam Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, após o exame da obra de René David e Camille Jaufret-Spinosi, em *Les Grans Systèmes de droi Contemporanis*. “O *common law* inglês é fruto da atividade dos tribunais reais de justiça na Inglaterra a partir da conquista normanda” (STRECK, ABBOUD, 2013, p. 20).

Foram quatro os principais momentos do direito inglês na história, sendo que o *primeiro período* é anterior à conquista normanda, ocorrida em 1066, ao passo que o *segundo período* se estende do início da conquista normanda e vai até a dinastia dos Tudor (1485). O *terceiro período* é o da *equity*, enquanto que o quarto período tem início com a inauguração da Lei de Organização do Judiciário (STRECK, ABBOUD, 2013, p. 20).

O período da grande conquista normanda é essencial para que haja a consolidação do direito consuetudinário. E que foi aí, com a conquista normanda, que o direito foi visto e utilizado como meio de governar. O direito inglês foi incorporado pelos normandos na nova produção jurídica. Os conquistadores assimilaram a ideia de que, embora seja possível conquistar uma nação por meios militares, o governo, entretanto, não deveria se dar militarmente.

O desenvolvimento do *common law* inglês foi possibilitado com a centralização da jurisdição nas mãos do rei. Com tal unificação ocorreu a introdução da figura do *sheriff*, grande responsável por assegurar a execução e efetivação das decisões do soberano.

“O segundo período corresponde efetivamente à formação do *common law*, mediante o qual se inicia a chegada de um novo sistema jurídico em detrimento dos costumes locais anteriores” (STRECK, ABBOUD, 2013, p.20). Para que fosse prestigiada a coerência, havia, por parte dos juízes, muita confiança nos julgamentos anteriores de casos marcados pela semelhança, e isso deu origem à doutrina do precedente judicial. Entretanto, o fator determinante para assegurar a aplicação, expansão e unificação régia, em detrimento dos tribunais locais, foi o sistema de *brevia writs*, que é considerado criação original do sistema *common law* que o

individualiza dos demais sistemas existentes. Nesse período da história, a função de decidir a lide pertencia ao júri, e não ao juiz.

Tal sistema assegurava que o poder judicial do rei descansasse em três fundamentos diferentes: 1) como senhor feudal supremo, era competente para julgar os litígios entre seus *tenants in chief* (feudatários que haviam recebido a investidura diretamente do rei); 2) na qualidade de rei da Inglaterra, era competente para julgar os *placita coronae*, ou seja, os litígios nos quais a Coroa estava diretamente interessada, *e.g.*, os litígios que perturbassem a paz do Rei (*King's Peace*); 3) por ocupar o cume da pirâmide feudal, tinha poder sobre os demais tribunais inferiores, isso porque aquele que não tivesse conseguido fazer valer seu direito perante o senhor (a quem estava subordinado), caberia-lhe apelar ao rei (STRECK, 2013, p.21-22).

A formação da *equity* marca a terceira fase do *common law* inglês, com as decisões que partiam do *Court of Chancery*. A *equity* se desenvolveu tanto que acabou concorrendo com o *common law*. Tal concorrência acabou influenciando na incorporação da *equity* ao *common law*. A *equity* era um recurso dirigido ao soberano como forma de insurgir-se contra injustiças de flagrantes casos concretos despachados pelo chanceler. Existiam, basicamente, cinco características distintivas fundamentais entre a *common law* e a *equity*, conforme as lições de Lenio Streck e Georges Abboud. São:

a) as regras da *equity*, desenvolvidas pelo Tribunal da Chancelaria, possuíam origem histórica diferente das do *common law*, que eram oriundas dos Tribunais de Westminster; b) a aplicação das regras da *equity* era feita exclusivamente pelos Tribunais da Chancelaria, à exceção dos Tribunais de Westminster; c) o processo da *equity* não comportava um Júri, diferentemente do *common law*; d) as soluções que podiam ser solicitadas ao Tribunal de *equity* não coincidiam com as que se submetiam ao tribunal do *common law*; e) A outorga de uma solução de *equity* possuía caráter discricionário (STRECK, 2013, p.22).

Outra característica, e a mais importante, que distingue os sistemas da *equity* e *common law*, é que os tribunais que aplicavam a *common law* possuíam um maior comprometimento com o *rigor iuris*, “e a partir de meados do século XIV acentuaram sua independência rechaçando todo tipo de juízo que conferisse o reconhecimento de poder puramente discricionário ao magistrado” (STRECK, 2013, p. 22). Já o sistema de *equity* não priorizava, em seus julgamentos, a obrigatoriedade de observar o direito. Assim, uma grande característica a ser apontada é que, nesse sistema, os julgados poderiam ser fundados na consciência.

É com a Lei de Organização Judiciária de 1873, na quarta fase do *common law*, que ocorre uma fusão entre *common law* e *equity*. “O *Judicature Act* de 1873

aboliu os antigos tribunais centrais e os substituiu pela *Supreme Court of Judicature*, comporta pela *High Court of Justice* e a *Court of Appeal*, toda a jurisdição dos Tribunais anteriores, incluindo os de *equity*, foi atribuída à *Supreme Court* (STRECK, 2013, p.23).

Assim é que, após a mencionada fusão, e possibilitada pelas reformas posteriores, há um verdadeiro desenvolvimento do *common law*, pois que estes acontecimentos fizeram a transição entre o antigo direito processual e um novo sistema, onde, agora, os juízes passavam a decidir as lides, o que, conforme Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, possibilita a existência do erro judicial, “concretizando a distinção entre fatos e direito *substancial*” (STRECK, ABBOUD, 2013, p. 24).

Dessa maneira, cumpridas as propostas de uma análise da formação e dos *fundamentos* que envolvem o direito escrito e o direito costumeiro, e ainda que tímidas as análises, prossigamos numa intenção de que fiquem esclarecidas algumas características outras que possam contribuir na compreensão desses dois sistemas.

2.1.1 Semelhanças e diferenças entre *common law* e *civil law*

Nosso objetivo, aqui, é analisar algumas semelhanças e distinções entre o direito consuetudinário e o *civil law*, para que fique evidenciado quais as características dessas diferentes tradições jurídicas. Nesse sentido, pertinente ressaltar que direito inglês e o direito francês, respectivamente *common law* e *civil law*, se diferenciaram no final do século XIII e no século XIV, e entre os fatores que contribuíram para tal diferenciação estão o fortalecimento do Parlamento de Paris e o fortalecimento do Tribunal inglês em Londres. Um pouco depois, cerca de um século após, o procedimento escrito passou a ser adotado pelo sistema de direito francês, enquanto que o procedimento no direito inglês possuía como base a oralidade.

No que diz respeito às soluções das controvérsias materializadas nos casos concretos, o *civil law* atribuía aos juízes profissionais o papel de julgar; enquanto que o direito inglês confiava tal papel aos juristas e justiça de paz leigos. A acusação e negação pelas partes oponentes servia de fundamento do processo, no modelo

inglês. A solução da controvérsia era competência do Tribunal do júri. Já no modelo francês o que observamos é a existência de interrogatório judicial das partes e das testemunhas sob juramento.

Em continuidade a essa nossa tarefa de apontar semelhanças e diferenças entre o *direito escrito* e *direito costumeiro*, a partir da análise dessas diferentes tradições jurídicas, notamos, ainda, que, no que se refere ao direito material, o direito escrito, francês, é bem mais sistematizado, codificado e influenciado pelo direito romano do que o direito costumeiro inglês. Esse último é bem mais particularista, mais prático e orientado para solucionar os casos. Como consequência disto o direito francês trazia conceitos de contratos, direito público, delito, propriedade e outros mais, com uma maior sistematização, e muito provavelmente pela influência dos institutos do direito romano, embora isso não signifique que no *common law* não existam conceitos de propriedade, contratos, e outros mais.

Outrossim, é válido ressaltar que não é certo colocar o *common law* somente como direito não codificado cuja base é tão somente jurisprudencial. É que boa parte das regras de direito aplicadas tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos da América possuem a sanção do Poder Legislativo e, até mesmo, do poder administrativo, conforme observam Lenio Streck e Georges Abboud. “Inclusive, nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal” (STRECK, 2013, p.25).

Na dicção de Luis Guilherme Marinoni, em Curso de Processo Civil, volume 2, acerca de uma aproximação entre os sistemas do *civil law* e *common law*:

Existe uma recíproca aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law* no mundo contemporâneo. De um lado, a tradição do *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a *statutorification* do *common law* e se perguntar a respeito de qual o lugar do *common law* em uma época em que cada vez mais vige o *statutory law*. De outro, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa em assegurar a vigência do princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 639-640).

No século XVIII, na Inglaterra, o *common law* viveu o direito dos juízes. Nesse momento era partilhada a ideia de que a criação do direito era atividade do Poder Judiciário, e não do Parlamento inglês. Dessa forma é que as tentativas de legislar ou codificar o direito “não escrito” inglês eram encaradas como forma de jogar por terra uma grande vantagem conquistada historicamente pelo sistema de direito inglês: a sua capacidade de aplicação flexível.

Sobre o fenômeno da positivação do direito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior não vê como algo a ser lamentado. Em Introdução ao Estudo do Direito, o Autor preleciona que “O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento” (JÚNIOR, 2012, p.48). E com Tércio, ainda, algumas características que também nos servem como traços distintivos:

A fixação do direito na forma escrita, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça também a consciência dos limites. A possibilidade dos confrontos dos diversos conjuntos normativos cresce e, com isso, aumenta a disponibilidade das fontes, na qual está a essência do aparecimento das hierarquias. Estas, no início, ainda afirmam a relevância do costume, do direito não escrito sobre o escrito. Pouco a pouco, no entanto, a situação inverte-se. Para tanto contribuiu o aparecimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar. Nesse período, a percepção da necessidade de regras interpretativas cresce, o que pode ser observado por sua multiplicação com vistas na organização e articulação das diversas fontes existentes. Essas transformações iriam culminar em duas novas condicionantes, uma de natureza política, outra de natureza técnico-jurídica. Quanto às primeiras, assinala-se a noção de soberania nacional e o princípio da separação dos poderes; quanto às segundas, o caráter privilegiado que a lei assume como fonte do direito e a concepção do direito como sistema de normas postas (JÚNIOR, 2012, p. 48).

Já com a tradição fundada no *civil law* destaca-se fortemente o legislativo, onde a lei possui grande destaque e prestígio frente às demais fontes do direito, até mesmo por conta do *civil law* “possuir sua formação relacionada ao direito romano canônico e o direito alemão medieval entre suas formas de criação legislativa” (STRECK, 2013, p.28). Nos séculos XVI e XVIII o direito vai se tornando cada vez mais escrito, e isso deve-se tanto ao rápido crescimento da quantidade de leis editadas pelo poder constituído quanto pela “redação oficial e decretação da maior parte das regras costumeiras. Além disso, o fenômeno da recepção do direito romano veio propiciar o surgimento da hierarquia de fontes (leis, costumes, direito romano)” (JÚNIOR, 2012, p. 48).

Tal distinção influencia também na forma de desenvolvimento da interpretação jurídica de cada tipo de tradição. No *civil law* haverá destaque para a *história legislativa* quando da interpretação jurídica. Sobre utilização da história legislativa, quando da interpretação jurídica, encontramos nas lições de Tércio Sampaio que

Para o levantamento das condições históricas, recomenda-se ao intérprete o recurso aos *precedentes normativos*, isto é, de normas que vigoraram no passado e que antecederam à nova disciplina para, por comparação, entender os motivos condicionantes de sua gênese (...). Essa investigação leva o intérprete também a buscar – quando existem –, nos chamados *trabalhos preparatórios* (discussões parlamentares, emendas preteridas, etc.), elementos auxiliares do sentido da norma (JÚNIOR, 2012, p. 262).

No âmbito do *common law*, por conta de a legislação não ser considerada a principal fonte do direito, o Legislativo terá uma atuação bem mais restrita e deverá respeitar as terminologias do direito e as tradicionais divisões da matéria. A atuação do Legislativo, no *common law*, ocorrerá mediante conceitos e institutos jurídicos que já gozam de consolidação na tradição.

Além de tomarmos como fator diferenciador entre esses diferentes sistemas a posição que a legislação ocupa em cada um deles, tomaremos também o modelo de aplicação do direito. E é assim que, quanto às técnicas de interpretação do direito escrito, que eram fundadas numa tradição histórica muito antiga, é comum o recurso às instituições jurídicas como forma de solucionar os casos. Já em relação ao *common law*, há uma elaboração das decisões em funções das casuísticas dos tribunais de Justiça, não havendo, assim, recurso às instituições jurídicas como a forma primordial de resolver os casos.

A título de maior esclarecimento acerca das *instituições jurídicas*, elas são, conforme preleciona António José Ferreira Marnoco e Souza, “as relações da vida social no todo ou em parte reguladas pelo direito” (SOUZA, 1910, p. 6). Seguindo, e em reforço ao que afirmou acerca das instituições jurídicas, o Autor ainda conclui que “as instituições jurídicas são, na linguagem figurada de Von Ihering, a ossadura do Direito, a que se liga toda a sua substância composta das regras de direito” (SOUZA, 1910, p. 6-7).

Por isso é que afirmamos, até mesmo diante de algumas considerações que aqui já foram tecidas, que, se a doutrina dos romanos exerceu menor influência na formação do sistema de *common law*, diferentemente do que ocorreu com o sistema

de *civil law* francês, a doutrina dos romanos (ciência do direito/*iurisprudencia*) possui, no *common law*, verdadeiro papel secundário. Como consequência, temos que o “próprio ensino jurídico apresentava diferenças na medida em que o *common law* lançava mão do *case method*, que é radicalmente diferente do método dedutivo preponderante no *civil law*” (STRECK, 2013, p.29).

Apesar da diferença de metodologia para a aplicação do direito (*case law* vs. *Code law*), determinados países como o da *civil law* aproximam-se muito mais do modelo da *case law*, tal como o da França, daí que a simples oposição entre *case law* e *code law* não pode ser considerada a distinção primordial entre a tradição jurídica do *common law* e do *civil law* (STRECK, 2013, p.29).

Ressalte-se que, na França, no período compreendido entre os séculos XIII e XVIII, o direito romano era ensinado nas Universidades, enquanto que os costumes quase não eram ensinados, ou eram de forma tardia e subsidiária. Aí, os juízes e advogados tinham necessariamente que ser juristas, ou seja, tinham que possuir formação universitária. Segundo René David, em “O Direito Inglês”, na Inglaterra também ocorreram estudos de direito romano nas Universidades, “mas sua influência foi desprezível, pois nunca se exigiu, na Inglaterra, que juízes ou advogados tivessem título universitário” (DAVID, 1997, p. 03). Já na França, contudo, as jurisdições deixaram de aplicar os costumes locais.

No início do século XIX, o legislativo francês, ao contrário do que se deu na Inglaterra, promulgou códigos, unificou reformas e costumes e adotou, na maneira de um sistema racional, os trabalhos produzidos nas Universidades a partir do direito romano (DAVID, 1997, p. 02). A Inglaterra, como já dissemos acima, não sistematizou um direito a partir do direito romano ensinado nas Universidades. Eles “elaboraram um novo direito, a *common law*, para cuja formação o direito romano desempenhou um papel muito limitado” (DAVID, 1997, p. 03).

Finalizando essa nossa pretensão de destacarmos algumas das principais semelhanças e diferenças entre *civil law* e *common law*, apontamos o *stare decisis* e a posição primordial da jurisprudência como características marcantes do *common law*. É exatamente em razão da grande importância de tais caracteres, que são pontos essenciais para a análise do precedente judicial, que analisaremos com maior atenção e dedicação.

2.2 Precedente e Súmula de “mãos dadas”?

A aplicação do precedente judicial não ocorre de forma automática. Isso precisa ficar às claras, sob pena de ver comprometido o entendimento acerca da matéria. Há, no precedente, a *holding*, que faz incidir um efeito vinculante por todo o sistema. Contudo, para que exista a vinculação, o caso que se põe em busca de solução jurídica deve ser semelhante. Como dissemos, não há aplicação automática de precedente judicial a caso concreto que carece de solução. E é assim que sustentamos a afirmação de que, no sistema de precedente, há distinção entre a norma e o texto.

Na decisão que origina o precedente judicial, somente os fundamentos é que possuem efeito vinculante. O *dictum* é apenas uma opinião. “*Obter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p.652).

O termo *precedente* foi utilizado pela primeira vez em 1557. A doutrina dos precedentes consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação. Dessa maneira, a doutrina dos precedentes vincula as Cortes no julgamento dos casos análogos. Essa doutrina, para ser aplicada, demanda dos juízes a avaliação de quais razões jurídicas foram essenciais para o deslinde das causas anteriores. Os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para solução da demanda constituem a *holding*, já o que não foi essencial é mera *dictum* que deve ser desconsiderada no julgamento dos casos futuros. Todavia, uma vez detectada a *holding*, ela constituirá a *rule of law* que vinculará a solução dos casos futuros (STRECK, 2013, p. 40).

De logo, então, deixemos claro que os precedentes são formados com o objetivo de solucionar casos passados, sendo que sua aplicação aos casos do futuro ocorre de forma incidental. O precedente se forma com a pretensão de resolver o caso concreto e, eventualmente, poderá resolver o caso futuro. Já os enunciados de súmulas dos nossos tribunais possuem generalidade e abstração, como os artigos legais, que são editados objetivando solucionar os casos futuros. O objetivo da edição dos enunciados em nenhum momento será a solução de casos pretéritos. Quando se pensa na edição de enunciado de súmula, embora ele venha a surgir provocado por um caso concreto, o objetivo é, numa forma abstrata e genérica, dar aplicação futura.

É comum, lamentavelmente, encontrarmos teorias que buscam respaldar a também comum pretensão de aprisionar previamente os fatos, como se fosse o caminho correto e “íntegro” buscar a resposta antes da pergunta. Tal pretensão, denuncia, Lenio Streck, “deita raízes no século XIX, no positivismo exegético e na sua visão germânica: o pandectismo” (STRECK, ABBOUD, 2013, p. 31). Quando editam os enunciados das súmulas, ou quando produzem os ementários, ocorre uma espécie de aprisionamento dos fatos; há a primazia da resposta em detrimento da pergunta e o engessamento do sistema.

Quando há edição de uma súmula, ou de uma ementa, e há utilização do enunciado de forma a-histórica, haverá, inevitavelmente, equiparação entre dispositivo legal e direito; entre texto e norma. Tal equiparação, que por certo é atemporal, é, também, na verdade, no mínimo um viés anti-hermenêutico. “E por que anti-hermenêutico? Porque a hermenêutica é exatamente a construção para demonstrar que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses de interpretação” (STRECK, ABBOUD, 2013, p. 31). Luiz Guilherme Marinoni também faz críticas à edição e adoção das súmulas no direito pátrio, denunciando, também, a irracional espécie de aprisionamento do fato.

As súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito artificial do sistema em que as decisões tem efeito obrigatório ou a partir das máximas, uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de *civil law* para o encontro da uniformidade da interpretação. As súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção e destinadas a facilitar o julgamento dos recursos. Note-se, porém, que a súmula é o enunciado da tese em face de uma determinada situação concreta (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2013, p.649).

Marinoni, entretanto, ao mesmo tempo em que critica a edição das súmulas, denunciando tamanha irracionalidade, frisa ser necessário e indispensável uma teoria dos precedentes, diante do papel das Cortes de “atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 650). O Autor sustenta que

Ao contrário, a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes de uma decisão espelham não apenas uma tese de direito, mas mais propriamente a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática. Uma súmula obviamente não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria a um precedente. Pode, com alguma dificuldade, resumir a tese de direito sustentada numa decisão. Frise-se, assim, que, enquanto o método das súmulas era empregado nas Cortes de correção como método de trabalho, uma teoria de precedentes é indispensável

diante das Cortes que tem o poder de atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 649-650).

De fato, não acreditamos que uma “teoria dos precedentes” seja solução a essa “vida dupla”, da “prática” jurídica brasileira, com o paradigma subjetivista e com o paradigma objetivista. Se o sentido é buscado na linguagem e na tradição jurídica, e se os sistemas da *common law* e da *civil law*, embora possuam semelhanças, são sistemas fundamentados e estruturados em diferentes tradições jurídicas, já abordadas, mesmo que timidamente, no presente trabalho, a resposta haverá de ser buscada na própria *civil law*, já que nos faltam os substratos inerentes a um sistema de precedentes. De logo fique claro, também, que não há nenhuma pretensão de engessamento do “direito”, nem a negativa de um diálogo entre os diferentes sistemas e tradições jurídicas.

O respeito à legislação, à jurisprudência, e às demais fontes do direito, também o compromisso com o próprio Estado Democrático de Direito, que mais parece estar lá no *museu de grandes novidades* (e aqui utilizando-nos de Cazuza), é o caminho para sairmos das armadilhas do objetivismo refletido no arbítrio das súmulas e, ao mesmo tempo, nos livrar da ilusão da filosofia da consciência, tão insistente em permear a doutrina jurídica brasileira.

Com o giro ontológico-linguístico vimos que há um todo que se antecipa e se manifesta na decisão, que é a pré-compreensão. E mais uma vez ressaltamos que essa pré-compreensão não deve ser confundida com preconceitos nem com simples subjetividade daquele que interpreta. É a forma de como se dá a compreensão do sentido do direito que é projetado pela comunidade política que, na visão de Lenio Streck, em “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, e assim concordamos, “*condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada, de maneira que, somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar de respostas corretas ou respostas adequadas*” (STRECK, 2013, p.108). Na mesma obra Lenio dispõe que

Toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia de integridade do direito. Não há decisão que parta do “grau zero de sentido (STRECK, 2013, p.108).

E é assim que, definitivamente, a decisão jurídica não é resultado de um processo que envolve escolha do julgador entre diversas possibilidades de soluções para uma lide que se põe ao judiciário. A solução pretendida para a demanda se dá de modo que o julgador “deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada, de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política” (STRECK, 2013, p. 108).

Indispensável, assim, o compromisso com a Constituição e com a legislação construída sob a chancela da democracia, onde as discussões, no âmbito da esfera pública, chegaram a conclusões ético-morais em relação aos anseios da sociedade. E de logo ressaltamos que o compromisso com a comunidade política deve ser respeitado por todos os poderes. E aliás, caminhando com o posicionamento doutrinário predominante no âmbito nacional, e que, de certo modo, se relaciona ao próprio modo de controle de constitucionalidade adotado em nossa Constituição, Legislativos e Executivos que agem de modo irresponsável, aprovando leis conforme conveniências ou executando atos fundamentados em interesses egoísticos pessoais, merecem a censura da jurisdição constitucional.

2.3 Jurisprudência no *common law* e no *civil law*

Nos países de tradição jurídica romano-germânica, a jurisprudência possui maior autolimitação, pois a aplicação do direito buscará na legislação, importantíssima fonte do próprio direito, a resposta jurídica para a composição da lide. A jurisprudência, assim, porque prevalecente o sistema de direito escrito, terá limite na lei. A legislação possuirá uma força de normatividade superior à força normativa da jurisprudência, uma vez que as regras que resultam da jurisprudência seriam mais frágeis, já que são mais suscetíveis de serem deixadas de lado, ou passíveis de serem alteradas a qualquer tempo.

E é assim que, pelo menos em tese, em um sistema que deita suas origens na tradição jurídica romano-germânica, e esse é o nosso caso, as decisões emanadas pelo poder judiciário, como fruto da atuação da jurisdição, deveriam ser fundamentadas em enunciado fruto da atividade legislativa, fruto do voto democrático. E como consequência, se entendermos o direito como conceito interpretativo, que se constitui como resultado das atividades das instituições

jurídico-políticas, onde as questões a ele relativas encontram respostas na legislação e nos princípios constitucionais, bem como nos regulamentos e precedentes umbilicalmente constitucionais, o papel da jurisprudência deveria ser caudatário do direito.

Nem mesmo na própria *common law* a lei perde importância. No *sistema de common law* não é dado ao magistrado ignorar a lei. O que há, em verdade, é uma maior abertura e maior flexibilidade da tradição jurídica do *common law*, onde a lei não é vista como uma principal forma de manifestação e de desenvolvimento do direito. No *common law* a jurisprudência é vista como verdadeira fonte formal do direito, juntamente com o direito legislativo, o constitucional, e com os regramentos do Poder Executivo, enquanto que no sistema de *civil law* a jurisprudência nem mesmo é vista como fonte formal do direito.

Com isso não afirmamos, contudo, que a decisão se fundamenta em mera hierarquia entre fontes do direito. De forma alguma. O que ocorre, em verdade, é que, no *common law*, em virtude de sua própria evolução histórica, o Poder Judiciário não compõe a lide simplesmente a partir da interpretação da lei sem se utilizar da cadeia de precedentes que já existem acerca do caso.

No sistema de *common law*, o juiz é vinculado ao sistema de precedentes. E a vinculação ao sistema de precedentes não é simples vinculação a uma decisão ou a uma sentença. De forma alguma. Estar vinculado ao sistema de precedentes é estar vinculado a uma série de decisões que ao longo da história foram condições de possibilidade de concretização de uma *rule of law*. Para deixar de aplicar o precedente é necessário que o juiz proceda a uma exaustiva fundamentação, com a finalidade de deixar claro que, para aquele caso concreto carente de decisão, não deve ser aplicado o precedente, e, para isso, o magistrado deverá lançar mão do *distinguishing*, que é a conclusão pela distinção entre o caso a ser decidido e o precedente, o que resultará, assim, na negativa de aplicação ao próprio precedente. Já o *overruling* é a superação do precedente, seja total ou seja parcial, como “resposta judicial ao *desgaste de sua congruência social e coerência sistêmica*” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 660).

2.4 Doutrina dos precedentes não é sinônimo de *stare decisis*

É importante esclarecermos que a doutrina dos precedentes não é a mesma coisa que o *stare decisis*, a pesar da cotidiana confusão entre ambas. O surgimento do *stare decisis* ocorreu por meio de uma organização das decisões, que diferenciava a elaboração/construção, a *holding* do caso que resultaria no precedente e vincularia a decisão de casos futuros, e a argumentação utilizada pelo Tribunal, consistente no *dictum*, não vinculante, pois dispensável à decisão. O *stare decisis* é bem mais que simples aplicação de solução analógica para casos iguais.

É somente no final do século XIX, preleciona Lenio Streck e Georges Abboud, possibilitada por uma alteração no método filosófico que conduzia o pensamento no período, que ocorre uma estruturação na doutrina dos precedentes. Essa mudança no método filosófico teria ocorrido por influência do método experimental de Robert Boyle. Também reforça a aludida mudança no método a filosofia do direito de Matthew Hale, influenciado por Boyle, “para a qual a validade dos princípios legais, tais como os princípios das ciências naturais, depende da repetição e da verificação e validação dos membros da comunidade” (STRECK, 2013. p. 38).

Graças à atuação de juristas, como Edward Coke, John Selden e Mathew Hale, configurou-se verdadeira dimensão filosófica para a história do *common law* inglês. Eles asseveraram que o precedente judicial deveria ocupar posição de fonte imediata do direito ao lado da equidade e da legislação. Por consequência, lançaram as premissas teóricas para a fundação da *historical jurisprudence* que ocupou a mesma posição da teoria do direito natural e do positivismo legalista.

Nessa perspectiva é que o direito, além de possuir caráter moral, político e legal, é possuidor de uma tradição histórica. Com essa viragem de “método filosófico”, o direito precisava, então, preservar e contribuir com o desenvolvimento da tradição do povo a quem pertence. E, assim, a grande influência da história na solidificação do sistema de *common law*, de mãos dadas com uma filosofia estruturada no “método de análise e síntese que exigia um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado em suas universidades” (STRECK, 2013, p.39), resultou em uma *common law* estruturada na prática do direito no cotidiano, e não a partir de doutrina ou da ciência do direito como ocorreu no *civil law*. O *common law*, assim, se originou como prática judiciária, e não cientificamente.

Assim sendo, podemos afirmar que o *common law* sempre procurou embasamento no *caso a caso*; melhor dizendo, o *common law* sempre tomou por

base a prévia análise de decisões judiciais como forma de decidir os conflitos. E essas decisões anteriores, que serviam de referências, não eram, verdadeiramente, precedentes, mas sim exemplos de como o direito fora aplicado nos casos particulares pretéritos. A terminologia *precedente* só foi ser utilizada pela primeira vez, assegura Lenio Streck, em 1557 (STRECK, ABBOUD 2013, p.40).

A doutrina dos precedentes é uma teoria que põe as decisões judiciais, ao lado da legislação e do fundamento de equidade, como fonte imediata do direito que, como tal, vincula as Cortes quando do julgamento de casos análogos. A aplicação da mencionada doutrina aos casos concretos requer dos magistrados uma cuidadosa avaliação das razões de direito que foram imprescindíveis à resolução dos casos anteriores. Tal doutrina se mostra como a evolução histórica da filosofia que movimentara o *commom law*, de bases na análise da casuística e no fator histórico que envolve o fenômeno jurídico. E é assim que a direção judicial, tendente na aplicação de uma norma ou brocardo jurídico em casos semelhantes, resultará em evidência de existência e de validade de cada norma ou brocardo jurídico aplicado. Aqui, as decisões não são meros exemplos de aplicação de regras e de brocardos jurídicos, mas, sem dúvidas, a prova da existência das regras, dos princípios e da recepção pelo Poder Judiciário. Essa é a razão pela qual o juiz tem o dever de encontrar o direito e declará-lo na análise dos casos concretos (STRECK, ABBOUD, 2013).

O *stare decisis* vem no século XIX, “quando a apreciação de um determinado caso passou a ser tratada como obrigatória em um tribunal no julgamento de um caso semelhante mais tarde” (STRECK, 2013, p. 41). O *stare decisis*, assim, tem origem na doutrina dos precedentes, entretanto, objetiva deixar às claras as diferenças existentes entre *holding* e *dictum*.

Ressaltamos, contudo, conforme prelecionam Lenio Streck e Georges Abboud, que a doutrina dos precedentes, ao contrário da doutrina do *stare decisis*, era mais ligada aos costumes dos juízes, e buscava fundamento numa linha de casos, não possuindo como base apenas uma única decisão que poderia gozar de efeito vinculante.

2.5 Precedente, *ratio decidendi* e *obter dictum*

Numa análise feita em dois planos, o precedente, primeiramente, pode ser definido como decisão de Tribunal que goza de propensão para ser seguida por tribunais que são inferiores, contudo a posição de precedente depende de que este seja mesmo seguido na resolução de casos concretos análogos (STRECK, 2013, p.42).

Na doutrina, o precedente também é entendido não como algo que seja equivalente a decisão judicial, mas sim como “razões generalizáveis” que são possíveis de serem identificadas a partir de decisões emanadas pelo Judiciário no exercício da jurisdição. O precedente, assim, é formado a partir da decisão judicial (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016).

Numa concepção tradicional, a jurisprudência é vista como atividade de interpretação da legislação, desempenhada pelas Cortes, na qual uma multiplicidade de reiteraões tem o condão de gerar uma uniformidade que tenha a capacidade de servir de parâmetro de controle, mas não goza de autoridade vinculante.

No direito pátrio, parece que o vigente Código de Processo Civil, quando quer atribuir força vinculante às decisões que julgam casos repetitivos, bem como aos julgamentos de casos tomados em decisões de incidente de assunção de competência no âmbito das Cortes de Justiça, ou Tribunais de Justiça, e ao dispensar a multiplicidade de reiteração de julgamentos como um requisito, já que basta uma única decisão em incidente de resolução de demanda repetitiva ou no incidente de assunção de competência, quer reformular o conceito de Jurisprudência, rompendo com a caracterização tradicional (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016).

A *ratio decidendi* é regra subjacente à decisão. Dentre várias formas de dizer, “é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente” (STRECK, 2013, p.43). A *ratio decidendi* precisa ser analisada em consonância com o caso concreto por ela solucionado. Ela não existe por si só.

A *ratio decidendi* constitui uma *generalização das razões* adotadas como *passos necessários e suficientes* para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por *abstrações realizadas a partir da justificação da* decisão judicial. É preciso perceber, contudo, que *ratio decidendi* não é sinônimo de *fundamentação* – nem, tampouco, de *raciocínio judiciário*. A fundamentação – e o

raciocínio judiciário que nela tem lugar – diz com o caso particular. A *ratio decidendi* refere-se à *unidade do direito*. Nada obstante, tanto a *ratio* como a fundamentação são formadas com material recolhido na justificação (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p.652).

Nem tudo que está na justificação é utilizado na formação do precedente. O que não é utilizado para formar o precedente é chamado *obiter dictum*. “*Obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão *sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução*” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 652). Ele corresponde ao enunciado de argumentação jurídica de presença irrelevante para a solução do caso concreto.

É importante esclarecermos que não há um estanque exame de tais aspectos, como se eles fossem “etapas de argumentativas”. Não ocorre uma aplicação mecânica, movida pela subsunção de casos por meio das decisões emanadas do judiciário. Não existe, como já dissemos, uma resposta jurídica prévia e acabada apta a solucionar casos futuros, como num verdadeiro efeito cascata (STRECK, 2013, p. 46).

3.0 OS BANCOS DE DADOS E OS CADASTROS DE CONSUMIDORES

Não dá para deixar de afirmar a grande importância dos serviços prestados pelos órgãos de restrição ao crédito, sobretudo se considerarmos o plexo de necessidades e motivos que aquecem as relações consumeristas. Em um dos lados dessa relação estão os que buscam o lucro. Em geral as instituições financeiras, impulsionadas pelo acúmulo de capital possibilitado pela cobrança de altas taxas de juros. Noutro lado, como sujeito dessa relação, o consumidor, muitas vezes movido pela satisfação de necessidades básicas e essenciais à sua existência. Muitas vezes, ressalte-se, figurante num dos polos da relação em razão do grande consumo desenfreado que marca o mundo contemporâneo, tão imerso no Capitalismo.

Destarte, dentre os principais objetivos dos órgãos de restrição ao crédito está o de apontar informações acerca dos riscos de concessão creditícia. Em suma, permitem que quem nutre a pretensão de conceder crédito a outrem possa averiguar se pende contra o beneficiário alguma situação de inadimplência. É que, ao menos em tese, tais informações servem como parâmetro de identificação de consumidores que honram os compromissos financeiros com aqueles que concedem o crédito.

3.1 Tratamento legal quanto aos cadastros de restrição ao crédito

Tamanha importância da existência dos tais cadastros é ressaltada pelo Código de Defesa do Consumidor, já que o diploma consumerista atribui aos órgãos de restrição ao crédito o *status* de serviço de interesse público, conforme expresso no artigo 43, parágrafo 4º: “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”. Dessa disposição legal podemos extrair duas consequências, conforme preleciona o professor e magistrado Rizzatto Nunes, para quem

A primeira delas é a de que esses bancos de dados e cadastros estão sujeitos a *habeas data*. É o que se extrai do texto constitucional. Dispõe o inciso LXXII do artigo 5º *in verbis*:

‘Conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo’.

A segunda consequência já era característica marcante dos SPCs (Serviços de Proteção ao Crédito). Os serviços oferecidos tinham caráter público, na medida em que o acesso às informações era, como é, franqueado às empresas em geral, bancos, indústrias, comerciantes que pretenderam fazer consultas. Essa, na verdade, sempre foi a característica desse serviço (Nunes, 2013, p. 650).

De logo, e não há como ser diferente, afirmamos a importância da manutenção de cadastros que veiculam informações que permitam um certo controle sobre a concessão de crédito, sob pena de inviabilizar um sistema financeiro e bancário minimamente organizado. Contudo, a ausência de um mínimo de critérios a serem utilizados como parâmetros para concessões creditícias abre terreno para um leque de discriminações ilegítimas, ainda mais quando os critérios não sejam caracterizados por fatores objetivos.

É razoável, nessa perspectiva, que informações sobre adimplementos de obrigações contraídas por quem busca o crédito no mercado tenham relevância para a concessão ou não. Assim, tem-se como exemplo de fator de discriminação ilegítimo a exigência, por parte de alguma instituição financeira ou de quem legalmente desenvolva atividade de financiamento, de que pessoas de determinada religião não terão acesso ao crédito. A ilegitimidade decorre do fato de que é direito fundamental expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, VIII, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Dessa maneira, também será exigência discriminatória ilegítima exigir que aquele que busca o crédito não seja filiado a determinado partido político.

Desta feita, tem-se que, para que se opere a negativação do consumidor em cadastros de restrição ao crédito, é necessário que exista dívida exigível e de valor líquido e certo. É só assim que, existente a negativação, haverá legitimidade da mesma. Além da conjugação de tais requisitos, faz-se necessário que o consumidor seja notificado previamente acerca de superveniente negativação. Nos termos do artigo 43 do CDC, parágrafo segundo, é disposto que “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao

consumidor, quando não solicitada por ele”. O enunciado 359 da súmula do STJ, corroborando com tal dispositivo legal, dispõe que “cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”.

E, claro, o aviso somente pode ser prévio, não só porque decorre da ampla defesa do sistema, como da logicidade da determinação, na ligação com a garantia constitucional: se se trata de cadastro com informações meramente positivas, sua abertura depende de autorização do consumidor; se se referir a dado desabonador, tem de ser avisado para poder tomar providências extrajudiciais ou judiciais para evitar a anotação (Nunes, 2013, p. 659).

As razões que justificam a imposição legal da notificação prévia ao consumidor são, dentre outras: a exigência de respeito à dignidade e imagem do consumidor; oferecer prazo para que o consumidor tome medidas judiciais ou extrajudiciais que se façam necessárias e que resultem em oposição à negativação quando esta se mostre ilegal e antijurídica, bem como dar ao consumidor a chance de adimplemento da dívida, ou mesmo de negociação, com o fito de evitar a negativação.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL, DANO E NEGATIVAÇÃO.

Uma vez que apontamos a importância dos cadastros de restrição ao crédito, bem como traçamos seus objetivos e o tratamento legal que a legislação pátria lhes reserva, é necessário acrescentar a existência de verdadeira multiplicidade de litígios postos à apreciação do poder judiciário em razão de posturas e atuações que violam direitos dos consumidores. Anote-se, como exemplo, uma série de violações ao que dispõe o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, parágrafo primeiro: “os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

Muitos litígios envolvem o questionamento acerca da presença dos fundamentos da legalidade e da legitimidade que devem sustentar a anotação, quando há, a título de exemplo, “negativação por ausência de pagamento da dívida”, quando, em verdade, o consumidor prova que a dívida fora adimplida tempestivamente, motivo que evidencia violação ao artigo 43 do CDC já que violada

a exigência de que os dados constantes em tais cadastros devem ser verdadeiros. E não é só isso. Várias são as situações que rompem a inércia da jurisdição com o intento de obtenção da tutela de direitos. Outra situação a ensejar reprovação jurisdicional do ato é a negativação que desrespeita a notificação prévia do consumidor, já mencionada *supra*.

Ora, sabemos que o descumprimento daquilo que estatuído na legislação deve sofrer represália jurisdicional, pois configura-se como ato ilícito. É que, toda vez que o direito positivo impõe uma conduta externa ao indivíduo, essa imposição deve ser entendida, na verdade, como um dever jurídico. Não é simplesmente um conselho ao indivíduo, assim como não é uma recomendação. Trata-se, definitivamente, de normas positivadas que criam obrigações. Diante do ilícito, faz-se necessário a devida reparação do dano, caso este venha a existir. Aliás, a ilicitude do ato não é tida como fator absoluto para que se imponha a reparação do dano causado, já que até os atos lícitos, se causarem danos a outrem, devem ser reparados. Não é outra a conclusão a que se chega, tendo em vista que o próprio Código Civil vigente dispõe, em seu artigo 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

3.2.1 Responsabilidade Civil: conceito

No presente trabalho já foi ressaltado que a ação ou omissão que viola um dever jurídico configura-se como ato ilícito. A consequência de tal violação é o surgimento de um dever jurídico sucessivo, ou dever jurídico de segundo plano, que é o dever de arcar com uma indenização. Neste caminho, concordamos, assim, com a definição de Carlos Roberto Gonçalves, para quem “responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (GONÇALVES, 2014, p.24).

Ter em mente essa noção acerca de dever jurídico originário e dever jurídico secundário, ou sucessivo, é essencial para a nossa pretensão de, após traçarmos algumas considerações acerca do conceito de “responsabilidade”, bem como dos pressupostos da responsabilidade civil, que pode ocorrer tanto de modo objetivo, em situações específicas e autorizadas pelo ordenamento jurídico, quanto de forma

subjetiva, tecermos algumas considerações críticas em relação ao teor do enunciado 385 da súmula do STJ. É que, em nosso entendimento, esse enunciado parece desconsiderar o quanto exposto em relação ao conceito de responsabilidade. Sigamos.

Quanto ao sentido de “responsabilidade”, se partirmos de uma análise etimológica de sua essência, temos que a terminologia traz a ideia de obrigação, ou contraprestação. Saliente-se que o sentido jurídico também não escapa a essa ideia de obrigação. É que a responsabilidade foi pensada para alcançar as condutas que sejam contrárias ao ordenamento jurídico e, como consequência, causem danos a algum indivíduo. Assim, temos que somente cogita-se da responsabilidade quando resta violado um dever jurídico e, em consequência, gere dano.

Contudo, antes de prosseguirmos, é necessário esclarecer que, embora afirmado no parágrafo anterior desse nosso trabalho que tanto o sentido etimológico de “responsabilidade” quanto o sentido jurídico estejam entrelaçados à ideia de obrigação, com ela a responsabilidade não se confunde. É que a *obrigação* sempre será um dever jurídico estabelecido num plano originário, enquanto que a *responsabilidade* ocorre por conta da violação desse dever jurídico originário, que é a obrigação, e, dessa forma, apresenta-se como um dever jurídico sucessivo.

Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que ‘a responsabilidade é a sombra da obrigação’. Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.

Por fim, qualquer conduta do indivíduo que resulte em violação de um dever jurídico originário e cause danos, resultará no surgimento da responsabilidade, mais especificamente, no nosso caso, da responsabilidade civil, que, numa *acepção clássica*, toma como pressupostos o dano, o nexo de causalidade e, na responsabilidade subjetiva, a culpa. (GONÇALVES, 2014, p.24). Contudo, é válido ressaltar que existe quem não defina a *culpa* como pressuposto da *Responsabilidade Civil*. Nessa corrente, podemos citar Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que expõem como pressupostos apenas a conduta humana positiva ou negativa, o dano e o nexo de causalidade. Para esses doutrinadores, a culpa não pode ser um pressuposto do gênero *Responsabilidade*

Civil, já que a espécie *responsabilidade civil objetiva* prescinde da *culpa* (GAGLIANO, FILHO, 2012, p. 74). Resta-nos, dessa maneira, analisarmos com certa atenção os pressupostos da responsabilidade civil.

3.2.2 A responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil é um dever que é incumbido a alguém de promover a reparação dos danos causados por ato próprio, ou por ato de pessoa ou fato da coisa que dela seja dependente. Dizemos “ato de pessoa” porque ato é algo voluntário, enquanto que um “fato da coisa”, como de animal, é algo involuntário.

A ideia de responsabilidade civil está, em muito, entrelaçada à ideia a respeito de *culpa*. Em razão disso é que, ao menos em regra, um indivíduo não deve sofrer os efeitos de um juízo de reprovação sem que tenha inobservado, no momento da ação, um dever de cautela que lhe é imposto pelo ordenamento jurídico. A culpa é apontada pela teoria clássica de *responsabilidade civil* como o grande pressuposto da responsabilização civil subjetiva. No ordenamento jurídico pátrio mantivemos, como não poderia deixar de ser, a responsabilidade civil em sua face subjetiva, quando o artigo 186 do Código civil mantém a *culpa* como pressuposto exigido. Vejamos o teor do dispositivo legal: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Importa-nos esclarecer que o sentido de culpa empregado nesse dispositivo legal é o de *culpa latu sensu*, que se refere, além da culpa *stricto sensu*, ao dolo (GONÇALVES, 2014, p.32).

É notório que somente a responsabilidade civil em sua face subjetiva não servirá para resolver os problemas que surgem na modernidade, especialmente após a primeira revolução industrial e a crescente complexação das relações, que daí em diante só aumentaria. Muitos problemas começaram a surgir; muitos danos que anteriormente eram inimagináveis começaram a ocorrer e, paulatinamente, despertaram grandes preocupações. Conforme observa Erick Hobsbawm, uma das primeiras coisas a serem consideradas sobre a década de 1780 é que, nesse período, o mundo “era ao mesmo tempo menor e muito maior que o nosso” (HOBSBAWM, 2015, p.27). Quando diz que o mundo era menor do que o mundo de hoje, a justificativa é sobre a perspectiva geográfica, pois as dimensões territoriais

ainda eram pouco conhecidas e, em verdade, o conhecimento geográfico existia apenas em relação a frações do mundo habitado. Ressalte-se, ainda, que, nesse período, o mundo era extremamente rural.

Não só o “mundo conhecido” era menor, mas também o mundo real, pelo menos em termos humanos. Já que para fins práticos não se dispunha de recenseamentos, todas as estimativas demográficas eram pura especulação, mas é evidente que a terra abrigava somente uma fração da população de hoje; provavelmente não muito mais que um terço. Se as suposições mais comumente citadas não estiveram muito longe da realidade, a Ásia e a África tinham uma população um tanto maior da população mundial do que hoje; a Europa, com aproximadamente 187 milhões de habitantes em 1800 (contra 600 milhões de hoje), tinha uma proporção um tanto menor, e as Américas tinham obviamente uma proporção muito menor ainda. Aproximadamente, dois de cada três seres humanos eram asiáticos em 1800; um de cada cinco, europeu, um de cada dez, africano, e um de cada 33, americano ou da Oceania (HOBBSAWM, 2015, p. 28).

Dessa forma, se a sociedade vai se tornando cada vez mais complexa a partir da sociedade moderna, haja vista o forte desenvolvimento da indústria, do maquinismo e de uma série de invenções tecnológicas, tudo isso seguido do grande êxodo rural, fica evidente que não haverá espaço para imposição de indenizações em várias situações danosas, já que a teoria clássica, assentada sobretudo na ideia de culpa, não servirá para concretizar a reparação do dano aonde não estiver comprovada a culpa na ação do agente. Ora, como o dano não pode deixar de ser reparado, é necessário o avanço nos estudos da responsabilidade civil exatamente para que o Direito pudesse alcançar o avançar da sociedade moderna e, assim, oferecesse proteção a direitos que surgiam como fruto de relações tecidas no âmbito das novas situações. E é assim que surgem alguns novos escritos, especialmente na França, “sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou também sendo adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente no código civil” (CAVALIERI FILHO, 2014, p.32).

Podemos afirmar que a modalidade de responsabilidade civil que é adotada pelo Código de Defesa do Consumidor é a responsabilidade objetiva. Os fundamentos que a legitimam são o *dever* do fornecedor em relação aos serviços e aos produtos que põe à disposição no mercado, bem como a necessidade de que o fornecedor *assegure* os mesmos. O diploma consumerista, assim, busca implementar a materialização do mandamento constitucional constante do artigo 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil. O mencionado artigo 5º assim dispõe: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. É

assim que o artigo 1º do CDC atribui às disposições do aludido diploma o *status* de normas de ordem pública e de interesse social, o que torna a aplicação das normas do aludido diploma uma necessidade e obrigatoriedade

3.2.2.1. Os pressupostos

Da análise dos artigos 186 e 927 do Código Civil, podemos concluir que conduta, culpa, nexos causal e dano são elementos da responsabilidade subjetiva. O artigo 186 dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Já o artigo 927 do Código Civil traz que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Entendemos a conduta humana como um comportamento voluntarioso, que tem na *ação* e na *omissão* o seu aspecto físico e objetivo, enquanto que a vontade é seu aspecto psicológico, subjetivo. Seguindo, a conduta humana pode ser tanto comissiva (o que ocorre é uma ação) quanto omissiva (há, aqui, uma omissão). Assim, temos que a conduta é gênero, enquanto ação e omissão são espécies. A omissão só causa responsabilidade quando há descumprimento de um dever de agir que é imposto.

No que diz respeito ao elemento *culpa*, podemos afirmar que esta é a inobservância de um dever de cuidado. O cuidado, a prudência e a negligência opõem-se à culpa. O código civil, ao adotar o conceito de culpa o faz no sentido amplo, o que inclui o dolo. Assim, culpa *latu sensu* se divide em *culpa stricto sensu*, que é a conduta não intencional do agente, e *dolo*, que é a conduta intencional do agente. Temos, ainda em relação a culpa, as modalidades *imprudência* e *negligência*, sendo que a primeira é a culpa no agir (culpa comissiva), como trafegar acima do limite permitido pela legislação, ao passo que a segunda é a culpa por omissão. Embora exista quem afirme o contrário, entendemos que a imperícia não é um modo de culpa, pois, em verdade, se trata da negligência ou da imprudência no exercício da profissão. Assim, o médico que esquece material cirúrgico na cavidade abdominal é negligente na profissão e age com imperícia.

Já o nexos causal é a relação de causa e efeito entre a conduta culposa (responsabilidade subjetiva) ou o risco criado (responsabilidade objetiva) e o dano

experimentado pela vítima. Ele é um elemento referencial entre conduta e resultado. Podemos até mesmo dizer que é elemento indispensável, seja na responsabilidade civil subjetiva, seja na responsabilidade objetiva. Pode até existir responsabilidade sem culpa, mas não haverá responsabilidade sem a existência do nexo causal.

Creemos que, no presente trabalho, para as nossas pretensões críticas acerca do enunciado 385 da súmula do STJ, basta-nos o que aqui já foi abordado. Ressaltamos que não é nossa intenção uma análise mais profunda acerca dos pressupostos da responsabilidade. Feitas tais observações, avancemos para a análise do dano, esse sim um pressuposto de vital importância para os nossos objetivos aqui elucidados.

O conceito de dano está intimamente ligado à ideia de prejuízo. Se alguém, agindo com culpa, causa prejuízo a outrem, é necessário devida reparação. Assim, não há indenização, ou o manejo de sanções reintegratórias, e até mesmo a reparação *in natura*, sem a presença do pressuposto *dano*.

Ainda nesse tocante, não é incomum encontrar quem conceitue o dano a partir de seus efeitos ou consequências, como dor, sofrimento, vexame, humilhação, angústia, dentre outras. Contudo, não concordamos com essa ideia, e nossa afirmação de que a ideia de dano em muito é ligado à de prejuízo não a torna conceituação do dano.

Acreditamos que a partida para a conceituação do dano deve estar na causa, e não na consequência. É assim que, em nosso entendimento, devemos estar atentos para o bem jurídico lesionado, e não para fatores que resultam das lesões aos bens juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico. É trilhando os caminhos traçados à luz das observações feitas por Sérgio Cavalieri Filho, em seu Programa de Responsabilidade Civil, que conceituamos o dano como “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade, como sua honra, a imagem, a liberdade, etc.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p.93).

Tradicionalmente, existem duas modalidades de dano: o *dano material* e o *dano moral*. O dano material atinge diretamente o patrimônio da vítima. Ele é subdividido em *danos emergentes*, que são os prejuízos de ordem patrimonial já suportados pela vítima, e *lucros cessantes*, que são danos causados em razão do que a vítima razoavelmente deixou de ganhar. Razoável é aquilo que, conforme o

bom-senso, poder-se-ia esperar que a vítima lucraria se não fosse a existência da atuação danosa. Esse lucro deve ser apurado através de um cuidadoso juízo de probabilidade, de acordo com o desenrolar dos fatos.

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralização da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 95).

Ressalte-se, contudo, que existem na doutrina outras formas de classificar o dano. Flaviana Rampazzo, por exemplo, defende que os danos imateriais resultam de afrontas aos direitos da personalidade e que *dano moral puro*, *dano à imagem* e *dano existencial*, dentre outras, seriam espécies do gênero dano imaterial. Esse último, o *dano existencial*, teria se destacado profundamente em razão da imensa valorização do fator qualidade de vida, o que, conforme defendido pela Autora, começou a fazer com que, no direito italiano, o *dano existencial* começasse a se destacar como *categoria independente* da responsabilidade civil, ou melhor, como uma autônoma espécie de dano imaterial. Ainda conforme as lições da Autora, a partir da década de 90 o dano existencial começou a ser definido como aquele que causa alguma alteração que resulte em prejuízo, seja parcial ou total, seja permanente ou efêmero, a uma atividade ou a um conjunto de atividades que eram exercidas pela vítima, que as tinham por incorporadas ao seu patrimônio (RAMPAZZO, 2007).

Retomando, conforme as lições de Cavaliere Filho acima aduzidas, é necessário observar que nem sempre o dano de ordem patrimonial é resultado de lesões causadas a bens ou interesses de natureza patrimonial, pois a violação de bens que se caracterizam por serem personalíssimos, como saúde, bom nome e honra, dentre outros, pode mesmo refletir patrimonialmente, gerando sérios prejuízos à vítima, como a ocorrência de perda de receitas e realização de despesas.

Feitas todas essas considerações, analisaremos com mais atenção o *dano moral*, por ser este o cerne de toda a polêmica que levou o STJ a editar o enunciado 385 de sua súmula e, assim, despertou toda a nossa atenção e o nosso desejo de tecer uma análise crítica do enunciado, à luz do tratamento dispensado pela

Constituição da República Federativa do Brasil ao dano moral, bem como do tratamento infraconstitucional direcionado ao mesmo tema. Tudo isso, ainda, à luz das lições que emergem da *hermenêutica filosófica*.

3.3 O dano moral

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, fortaleceu a posição do homem no ordenamento jurídico pátrio. Com ela, uma série de direitos inerentes à condição humana foram expressamente tutelados. São direitos que fortalecem a intimidade, vida privada, honra, a imagem, etc. O pensamento que veio à lume refletia a ideia de que, a par de direitos essencialmente patrimoniais, o indivíduo é titular de direitos que, mesmo não possuindo uma maior ligação com pecúnia, são bens de maior valor, já que são direitos essenciais e inerentes à própria natureza humana. Em razão desse fenômeno, muitos conceitos tradicionais precisaram ser revisados à luz desses novos direitos estampados no texto constitucional, o que fez com que grandes inquietações propulsionassem importantíssimas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, além de calorosas discussões acadêmicas que resultaram na produção de inúmeros trabalhos no âmbito das universidades.

A Constituição, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece que é fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Dignidade essa que, ressaltamos, advém de nossa capacidade de valoração das coisas. É isso que, por si mesmo, torna-nos dignos. Assim, porque consagrado como valor fundante da nossa República, temos que buscar aí o sentido e o conceito do que seja o dano moral. Não é cabível, desta maneira, a confusão do dano moral com dor, sofrimento, angústia, prejuízo, dentre outros. Como já afirmado anteriormente, tudo isso pode ser visto como consequência do dano moral, mas não como a causa. Aliás, o dano moral nem mesmo está umbilicalmente ligado à reação psicológica da vítima. Sabemos que é possível a violação à dignidade sem que a vítima venha a sentir dor ou sofrimento, da mesma maneira que podem ocorrer a dor e o sofrimento de alguém sem que exista violação à sua dignidade de homem.

Assim, por concordar com as conclusões a que chega o douto Sérgio Cavalieri Filho, que assenta o conceito de dano moral na ideia de *dignidade*

humana, afirmamos que, em sentido *estrito*, o dano moral é a transgressão do direito à *dignidade humana*. Cavalieri assevera que foi em consideração da “inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu artigo 5º, V e X, a plena reparação do dano moral” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 107). Nesse sentido, se há agressão à dignidade do indivíduo, violado estará algum direito da personalidade, restando, assim, caracterizado o dano moral e a conseqüente exigência de indenização. Essa tese, acertadamente, vê, aí, a proteção às vítimas que não são passíveis de prejuízo anímico, como no caso em que a falta de discernimento resulte de deficiência mental, daqueles que vivem em estado vegetativo e até das crianças de pouca idade.

Da análise da Constituição Federal, o que temos é que qualquer conduta que revele violação à dignidade gera dano moral e é, por isso, indenizável. A Constituição não faz ressalvas a esse dever de indenizar, motivo pelo qual não cabe ao legislador, muito menos ao intérprete da lei investido de jurisdição restringir o direito constitucional de reparação do dano por meio da indenização. O artigo 5º, inciso V, dispõe que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Em reforço ao que já exposto, da análise do dispositivo constitucional resta evidente a ausência de restrição ao dever de indenizar, quando do dano. No mesmo sentido, o inciso X do mesmo artigo assegura que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 108).

Nesse mesmo diapasão, o sentido *amplo* de dano moral envolve as variadas formas de violação a direitos inerentes à personalidade. Assim, o dano moral se revela como violação a qualquer direito ou atributo da personalidade, enquanto que, em sentido *estrito*, dano moral é violação à dignidade do indivíduo.

3.4 O enunciado 385 da súmula do STJ e a negativação

Diante da verdadeira necessidade de acesso ao crédito, aqui já enfatizada anteriormente, as atuações das entidades de restrições creditícias são corriqueiramente questionadas às portas do Poder Judiciário. Dentre as tais atuações, uma situação específica, embora não a única a gerar polêmica, chamou nossa atenção de forma especial, pois acabou levando à edição do enunciado 385 da súmula do STJ, cujo teor assevera que “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. A pergunta que fica é a seguinte: a Constituição da República Federativa do Brasil autoriza a não reparação do dano moral? E mais: pode o magistrado usar a presunção de inexistência do dano, uma vez que, em nosso entendimento, o simples fato da inscrição cadastral ser indevida já é suficiente para prova-lo?

Antes de nos ocuparmos propriamente das respostas, entendemos por bem uma análise casuística, afim de que reste evidente a situação da qual estamos a tratar. Imaginemos a seguinte situação: João Freitas é um “pai de família”. É casado, possui três filhos adolescentes e trabalha de empacotador numa rede de supermercados. O senhor João havia comprado uma geladeira e um fogão novos para sua casa, haja vista serem considerados bens essenciais. A geladeira custou R\$ 1.000, 000 (mil reais), enquanto o fogão dispendeu um investimento de R\$ 600,00 (seiscentos reais). Parcelou o valor total das compras em seis pagamentos de R\$ 160 reais mensais.

Agora, imaginemos que, logo após pagar a terceira parcela, João perde o emprego e, com sérias dificuldades de continuar proporcionando o equilíbrio nas receitas da família, pois sua esposa também é empacotadora na mesma empresa que João trabalhava, motivo pelo qual também recebe salário de R\$ 1.200,00 mensais, e não consegue arcar sozinha com todas as despesas, atrasa o pagamento dos aludidos eletrodomésticos e vai parar no cadastro de proteção ao crédito como negativado. Duas semanas após, sem dinheiro para manter a assinatura de tv a cabo, João cancela os serviços de tv. Para sua surpresa, no mês seguinte a empresa de tv a cabo continua emitindo faturas em nome de João, que reclama, mas, sem sucesso, vê seu nome outra vez negativado como mal pagador,

agora pela empresa de tv. Mais uma vez uma pergunta vem a calhar: é legítima essa última negativação? Houve dano moral por ofensas à personalidade de João? Haverá direito a indenização a ser pleiteado por João? Avancemos.

Para nós resta evidente que o dano moral deve ser sempre reparado. Aliás, partindo da tese aqui já defendida, de que qualquer lesão à dignidade humana causa dano moral e é, por isso, indenizável, não poderia ser outro o nosso entendimento, que, ressalte-se, independe do motivo do atraso de João na negativação considerada como legítima. Temos ainda, como afirmamos no tópico anterior, que a Constituição não autoriza o legislador a excepcionar a reparação do dano, muito menos autoriza o intérprete investido de jurisdição a restringir a reparação. Pelo contrário: a Constituição Federal valorou os direitos da personalidade e ofereceu-lhes ampla proteção. Por esse motivo é que, uma vez evidente a atuação transgressora dos direitos da personalidade, como honra, imagem, dentre outros, fica nítido o dever de reparação e a impossibilidade de o magistrado negar-lhe proteção e deixar de promover a devida indenização.

Os danos morais que são causados por aqueles que inserem o nome de alguém, de forma indevida, em cadastros de restrição ao crédito, devem ser reparados por meio de indenização, pois gera nítida afronta à honra do sujeito, pois que a honra objetiva é o juízo que terceiros fazem sobre a imagem de alguém, podendo até interferir na vida da vítima perante a sociedade. A honra subjetiva diz respeito ao juízo que a pessoa faz acerca dos seus atributos. Assim, reservar à vítima apenas o direito de mover o poder judiciário simplesmente para que este imponha o dever de exclusão do vitimado do cadastro creditício soa como verdadeiro absurdo. É, na prática, como aumentar o transtorno da vítima, pois terá que mover o custoso e moroso Poder Judiciário apenas para que seja imposto ao causador do dano a exclusão da negativação indevida.

Ressalte-se, ainda, que ao causador do dano não ocorreria a necessária reprovação judicial por sua atuação ilícita e transgressora de um dever imposto pelo ordenamento jurídico, pois não sofreria a exigível sanção da reparação. No máximo, como já aduzido, seria compelido a excluir o nome da vítima dos históricos dos cadastros. Isso nos soa, em verdade, um incentivo judicial à atuação ilícita, já que o promovente do dano estará à vontade para infringir os requisitos legais exigíveis para que ocorra a negativação, como dívida exigível e não prescrita, bem como

aviso prévio ao consumidor para que este tenha certo tempo hábil para evitar a negativação, como vimos anteriormente.

E nem se oponha a ideia de que a inexistência de direito à indenização ocorrerá única e exclusivamente nos casos em que preexistente negativação legítima, pois que, em primeiro lugar, num país aonde a imensa maioria dos trabalhadores recebem um salário mínimo, de baixo poder de compra, que mal dá pra cobrir as despesas com as necessidades mais básicas, e de economia instável, não se deve ignorar que, muitas vezes, ir parar num cadastro de mal pagador será inevitável, o que faria com que a justiça do caso concreto, e apenas após a análise do caso concreto, portanto dispensada a primazia da resposta sobre a pergunta, buscase responder à indagação pela ausência ou não de dano moral por negativação indevida, quando preexistente negativação anterior legítima. Em segundo porque, ainda que existissem mais de uma negativação preexistentes gozando de legitimidade, o dano moral, porque violador da dignidade humana, e porque não excepcionada sua reparação pela Constituição, deverá ser indenizado. O que defendemos, então, é que a conduta lesiva de direito da personalidade já é suficiente para caracterizar o dano, que independe de suas consequências, como dor e sofrimento.

Contudo, não serão os meros dissabores e aborrecimentos que evidenciarão a existência de dano moral. Lembremos que esses são efeitos, e não causas do dano. É sempre necessário analisar, à luz do caso concreto, se houve dano a direito da personalidade do indivíduo, geralmente situações que exacerbam a naturalidade da vida, para que, assim, reste certificada a existência de lesão moral.

Outro argumento que também merece ser exposto, e que milita em desfavor da recepção desse enunciado objetivista, é que o comando nele contido também desconsidera o caráter pedagógico da fixação da indenização, que também objetiva prevenir a reincidência do causador do evento danoso, servindo, assim, de desestímulo à prática danosa tanto pelo condenado quanto pelos demais membros da sociedade

Outra observação importante é a de que a edição do aludido enunciado desconsidera que o sentido das coisas deve ser buscado na linguagem, e não do arbítrio da resposta que seja anterior ao próprio problema. Assim, em nosso

entendimento, ela incorre nas mesmas críticas já tecidas ao *paradigma objetivista*, de que o sentido é preestabelecido.

Ora, embora a nossa tese seja a de que bastante a lesão a direito da personalidade para que reste exigível o dever de reparar o dano, como exigir do senhor João Freitas que ele pague a dívida dos eletrodomésticos até a data do vencimento a “qualquer custo”, desconsiderando que ele, um pai de família, tenha ficado desempregado? Seria uma tremenda injustiça e irracionalidade, se, acaso, o senhor João buscasse a tutela jurisdicional por lesão à sua dignidade, mais especificamente à sua imagem, honra subjetiva e objetiva, direitos da personalidade, e o judiciário negasse o direito à indenização pela segunda negativação simplesmente por existir uma primeira. Isso seria mais um lamentável exemplo de louvor à tese jurídica *preestabelecida*, logo, elaborada sem que existisse um mergulho no caso concreto, como se resposta e pergunta fossem passíveis de serem separadas; como se fosse possível achar resposta sem mergulhar na pergunta, ou seja, como se fosse possível solucionar um caso concreto sem mergulhar na análise do próprio caso para.

É evidente que João, um *ser aí*, jogado no *mundo*, em constante inteiração com diversas situações que marcam o cotidiano, sofrerá os reflexos das coisas que estão sempre acontecendo, e que sempre hão de acontecer. Todos temos direito constitucional de tutela à personalidade. João tem direito à tutela de sua dignidade e merece ser indenizado por conta da negativação indevida, sob pena de ver sucumbir o seu direito constitucional ante o mito do dado, no caso, representado pelo arbitrário teor do enunciado 385 da súmula do STJ.

3.4.1 Origens e aplicação do enunciado 385 da súmula do STJ

A corrente que deu “vida” à tese defendida pelo enunciado 385 do STJ começou a ganhar força a partir do RESP 1.002.985/RS, publicado em 27 de agosto de 2008. Na decisão, o STJ, confirmando o acórdão recorrido, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirma que não há direito à indenização por dano moral quando preexistente negativação legítima.

Na hipótese, a recorrente foi incluída em cadastro de restrição ao crédito sem que fosse respeitada a notificação prévia, conforme determina o artigo 43, parágrafo

segundo, do Código de Defesa do Consumidor. Em seu voto, seguido pelos demais julgadores, o Ministro Ari Pargendler assevera que, se existente negativação anterior, não há direito à indenização a ser pleiteado por quem vítima de negativação ilegítima posterior. Nesse sentido, a ementa do acórdão assim dispõe.

CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL INEXISTENTE SE O DÉVEDOR JÁ TEM OUTRAS ANOTAÇÕES, REGULARES, COMO MAU PAGADOR. Quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito; dano moral, haverá se comprovado que as anotações anteriores foram realizadas sem a prévia notificação do interessado. Recurso especial não conhecido.

Contudo, é no RESP 1.062.336/RS que, pela primeira vez, o STJ enfrenta mais detalhadamente a situação. A relatoria ficou à cargo da Ministra Nancy Andrighi, que, rejeitando a tese que culminaria na edição do enunciado 385 da súmula do STJ, foi voto vencido. Mais uma vez é o desrespeito à exigência de notificação prévia que deslegitima a inscrição do recorrente em cadastro de restrição ao crédito. Mais uma vez a discussão é no entorno da existência ou não de direito a ser indenizado por negativação indevida, quanto preexistente, ao tempo da segunda inscrição no cadastro, negativação legítima. Em seu voto, a relatora, vencida, aduz que

O CDC é claro em determinar que a abertura de registros não solicitados deve ser comunicada ao consumidor. O descumprimento de tal regra leva à configuração do dano moral, como aqui já destacado. Assim, permitir que os responsáveis pelo cometimento de um ato ilícito se escondam sob a alegação de que o devedor já possuía outras anotações implica cobrir-lhes com o "manto da impunidade" e estimular a prática de novas ilegalidades. Desta forma, a prática do ato ilícito de proceder à inscrição indevida do devedor nos cadastros de inadimplentes configura o dano moral e eventual existência de outras inscrições não afasta o dever de indenizar do órgão responsável pela manutenção do banco de dados. As anotações anteriores, todavia, devem ser levadas em conta pelo Juiz no momento da fixação do quantum indenizatório.

O acórdão recorrido, de origem do TJ do Rio Grande do Sul, havia julgado parcialmente procedentes os pedidos do consumidor. Dando provimento apenas ao pleito de que fosse excluído do cadastro o registro decorrente da inscrição ilegítima, negou-lhe direito a ser indenizado, já que existia inscrição anterior legítima. No recurso especial apresentado contra esse acórdão proferido pelo TJRS, em oposição ao que sustentado pela Ministra Nancy Andrighi, o Ministro João Otávio de Noronha sustenta, em seu voto, que

O dano decorre da imputação indevida de inadimplente a alguém que efetivamente não o é. Aqui, quando não se notifica e já existe registro, configurado está o estado de inadimplemento do devedor. A sua situação jurídica é de inadimplente. E não acredito que o mero desrespeito ou descumprimento de uma simples formalidade possa aprofundar a sua dor, levando-o a um sentimento de injustiça pelo fato de não ter sido notificado quando, no cadastro, já existem cinco, seis, dez, vinte anotações plenamente configuradoras do perfil de devedor contumaz na insolvência de suas obrigações. Até porque sempre entendi que a impontualidade não decorre, muitas vezes, do querer do devedor, salvo raras exceções, e nós as conhecemos bem. Mas, de modo geral, a regra é que a impontualidade decorre da absoluta impotência financeira para saldar os compromissos. Isso, contudo, é um estado que se constata e que abala o crédito. Não importa se por imprudência, por negligência, por contingências alheias, mas abala o crédito. E o serviço de proteção ao crédito existe exatamente com o propósito de manter a higidez do sistema, de modo a evitar a elevação do risco sistêmico e os consectários que dele decorrem, entre eles o da elevação dos preços, não só de mercadorias, como do próprio dinheiro, como por exemplo, a elevação das taxas de juros.

No nosso entendimento, o Ministro João Otávio Noronha incorre no equívoco comum, aqui já aduzido, de confundir os efeitos do dano moral com o próprio dano moral, pois diz que não acredita que alguém que já esteja devidamente negativado tenha sua *dor* aumentada com uma posterior negativação ilegítima. Da conclusão do Ministro, parece que se a dor aumentasse, estaria, assim, evidente o dano moral. Por tudo aquilo que já dissemos sobre o conceito de dano moral, discordamos com veemência do que expôs o Ministro João Otávio. Dor e sofrimento podem ser consequências do dano, e não a causa. O dano moral ocorre com a violação da dignidade humana e, especificamente, de lesão a direito da personalidade.

Note-se, ainda, que a rejeição à aplicação do aludido enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça tem ocorrido em alguns julgados. Na apelação nº 0027182-93.2010.8.260071, no Tribunal de Justiça de São Paulo, o relator, Desembargador Mario Galbeti, recorreu ao argumento de que a ligação entre a função pedagógica da responsabilidade civil, somada à legislação consumerista, impedem que ocorra a incidência do enunciado 385. Já na apelação nº 0006943-34.2012.8.26.0071, também no TJSP, a Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery reafirmou que a súmula 385 seria inaplicável, pois que em tais situações a indenização por dano moral deve ocorrer, embora o valor deva ser diminuído por conta da existência de legítima negativação preexistente (PEREZ, 2013, p. 35).

Ressalte-se, contudo, que a imensa maioria das decisões judiciais lamentavelmente vem adotando o quanto exposto no enunciado 385 da súmula do STJ. Assim, o que se promove, em verdade, é a vista grossa à Constituição e o

desrespeito aos direitos da personalidade, motivos pelos quais manifestamos nosso repúdio ao enunciado, ainda mais em tempos onde a “grande sacada” na promoção da “segurança jurídica” é a extensão das hipóteses de adoção da aplicação das súmulas dos tribunais, fortalecidas pela extensão das hipóteses de utilização reclamação, quando desatendidos os comandos de utilização das tais súmulas. Ressalte-se, ainda, que muitos defendem a utilização dos frios enunciados de súmulas agarrados à falsa ideia, em muito devida ao vigente Código de Processo Civil, conforme mostramos anteriormente, de que elas sejam *precedentes* que vinculam qualquer caso concreto posterior, ignorando, assim, a necessidade de perquirir pelo *distinguishing* e pelo *overruling*, típicos de um sistema de precedentes.

3.5 A possibilidade de negativa de aplicação ao aludido enunciado 385

A título de recordação, é bom lembrar que, nos capítulos anteriores, já advertíamos com propriedade acerca dos perigos decorrentes da adoção das súmulas dos tribunais como meio de solucionar os problemas que se põem.

Quanto à pretensão estampada no enunciado 385 do STJ, que se pretende geral e abstrata, como um artigo de lei emanado do Poder Legislativo, a intenção é a de que seja aplicada pelos tribunais de justiça e pelos juízos de primeira instância, sem que se discuta a sua racionalidade e sua compatibilidade com a busca pela resposta à luz do caso concreto, que soa-nos verdadeiramente como uma afronta ao Estado Democrático de Direito, fundado na tripartição das funções do *poder*, haja vista que uma lei editada pelo Congresso Nacional, geral e abstrata, pode ser afastada pelo juízo singular, em sede de controle difuso de constitucionalidade, enquanto que um enunciado emanado do Poder Judiciário não pode ter sua constitucionalidade e aplicação afastadas à luz do caso que se põe em busca de solução. Veja-se, aí, o tamanho da incoerência.

Seja no sentido de proteger o legislativo das intromissões do poder judicial, objetivo bastante evidente no período que compreende a primeira fase do Estado de Direito, ou seja no sentido de defender a função judicial de possíveis intervenções de outros poderes, preservando-lhe, dessa forma, sua autonomia, é que afirmamos que essa assustadora tendência à edição e aplicação das súmulas dos tribunais fere a tripartição das funções do poder.

Castanheira Neves, em seu livro “Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais”, observa, com bastante pertinência, que assim como o legislador, tal como com o servidor da administração, o direito atribui ao juiz um tipo próprio de consideração, competindo a ele, juiz, uma função jurídica específica sem a qual não seria possível defini-lo enquanto tal. Depreende-se da *visão* do Autor, e bem assevera-se, que a confusão dessas funções macula e falsifica a essência das respectivas titularidades, pois que não é somente cerceando poderes ou intervindo diretamente nela que o exercício da função judicial poderá ter afetada tanto sua *independência* quanto sua *autonomia* (NEVES, 1983, p.16).

Além de ocorrer por conta do cerceamento de poderes, ou mesmo pela intervenção direta na atividade judicial, a afetação dessa atividade jurisdicional ocorre também quando há desvirtuação funcional, em razão de ações que pretendam envolvê-la em certos compromissos a que, em verdade, deveria ser alheia, pois que não deve ser chamada a atividades que não lhes pertence, nem para a qual esteja verdadeiramente voltada, nem possa cumprir com desempenho admirável, sob pena de dano à autoridade e prestígio de que goza (NEVES, 1983, p. 16).

Assim, resta evidenciado que a aplicação do aludido enunciado poderá alimentar a injustiça, além de servir de “vista grossa” ao mandamento constitucional de reparação ao dano moral e material. Portanto, irracional a defesa de sua aplicação. Inegável, também, a verdadeira natureza jurídica dos enunciados das súmulas: possuem formal e eficaz natureza normativa. Eles almejam aplicação de um critério que se pretende jurídico, dotado de generalidade e abstração, de forma prospectiva, objetivando, segundo seus defensores, materializar o princípio da igualdade e afirmar o imperativo da segurança jurídica (STRECK, ABBOUD, 2013, p. 109).

Por tais motivos é que defendemos que o juízo de primeira instância poderá afastar a aplicação do enunciado 385 da súmula do STJ, em sede de controle difuso de constitucionalidade, como forma de proteção à sua independência funcional e à autonomia da própria atividade judicial, necessidades elucidadas no parágrafo anterior, sob pena de afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da Jurisdição, no artigo 5º, XXXV, quando dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não admitir o controle concreto de constitucionalidade das súmulas vinculantes é algo desarrazoado, porque em um sistema no qual se admite o controle difuso de constitucionalidade das leis, passaria a se tornar proibido o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, que não poderiam ser afastadas no caso concreto de nenhuma maneira, mesmo que sua aplicação acarrete inconstitucionalidades para o caso a ser decidido, logo, não seria nenhum exagero parafrasear a máxima *hobessiana* e afirmar que diante do atual modelo, *Autoritas non veritas, facit summula* (STRECK, ABOUD, 2013, p.109).

Ressalte-se que o enunciado 385 do STJ nem se trata de súmula vinculante, o que só reforça ainda mais a ideia de que possa sofrer controle de constitucionalidade difuso. Também é importante ressaltar que o fundamento de que as súmulas não possuem natureza legislativa, já que são originadas no âmbito do Poder Judiciário e, por isso, não são passíveis de controle de constitucionalidade, sucumbe ante à observação feita por Castanheira Neves, quando critica os assentos em Portugal, se entendermos que

Os *assentos* não ultrapassam o valor de instruções hierárquicas, como as ordens de serviço na ordem administrativa ou burocrática, prescritas por uma autoridade a outras autoridades que lhe são subordinadas, então é o princípio da independência judicial ou da independência dos juízes, no seu sentido subjectivo e comum, que vemos frontalmente preterido (NEVES, p.18).

Os atos administrativos, dessa forma, também devem guardar consonância com a Constituição. A independência dos juízes e a independência da atividade judicial deverão ser resguardadas diante de ordens e instruções hierárquicas que a elas ameacem e lhes representem afronta. E pouco importa que, no caso, o ato administrativo venha de dentro do próprio Poder Judiciário, e não de outro poder. Assim é que, mesmo emitido por órgão judicial superior, nem por isso a função judicial deixará de estar sendo pervertida, “ao converter-se, assim, numa função meramente administrativo-burocrática e executiva, onde justamente não há lugar a afirmar um princípio de independência e sim de dependência e obediência” (NEVES, data, p.18). Temos, assim, a resposta à aludida objeção denegatória do controle difuso de constitucionalidade enquanto possibilidade.

CONCLUSÃO

Todas as conclusões deste trabalho já foram expostas ao longo de seus três capítulos. O que faremos agora, neste espaço, é a retomada, numa breve exposição, das principais ideias que foram explanadas durante o texto. Ressalte-se, contudo, que isso não impede que novos pontos de vista sejam atingidos. Nesse sentido, avançaremos da mesma maneira em que trilhamos ao longo dos capítulos que compõem este trabalho.

Logo nas nossas primeiras observações, nos valendo das lições de Luiz Cabral de Moncada, vimos que foi com o nascimento da filosofia que tivemos fixadas as bases que possibilitaram uma teoria do conhecimento. Vimos que, com Platão, desagradado com a relativização das leis e da verdadeira justiça, promovidas em muito pelo convencionalismo sofista, nasce um sistema de ideias apresentado por meio de um dualismo mundo sensível – mundo inteligível. Deixamos explícito que, com Platão, a *essência* irá se opor ao mero discurso persuasivo. A verdade volta a ser valorizada e oposta ao convencionalismo dos sofistas.

Já com Aristóteles, e aqui já trilhando lado a lado com Wálber Araújo Carneiro, em *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*, notamos o desenvolvimento de uma complexa “teoria do conhecimento” (CARNEIRO, 2011, p. 31), onde uma espécie de seguimento gradativo de capacidades epistêmicas é a característica sistemática explicativa do acontecer do próprio conhecimento em si. Nesses níveis de gradação, e estes são cinco, a *episteme* foi apresentada como um saber “que se justifica por si mesmo, não estando inserido dentro de um modelo utilitarista como o da ciência moderna” (CARNEIRO, 2011, p. 35). E na esteira das conclusões de Wálber, enxergamos a *techné* como que pertencente à classe de coisas que sofrem variações, mas que estão sempre direcionadas à criação; ao trazer à existência algo que pode ser produzido a partir do conhecimento.

Disso tudo concluímos que a técnica pensada por Aristóteles foi perdida durante o percurso que nos levaria à modernidade. Na modernidade não é a técnica do criar que terá seu lugar de destaque. A técnica moderna é a técnica do *fazer*. A matemática chega, atrai e fornece à ciência elementos que vão servir de instrumentos de investigação e de análise, passando a transformar a ciência numa forma de quantificar e de reduzir ao mínimo possível o teor de complexidade. Essa

pretensão científica moderna, como vimos, visava transformar a sociedade e resolver muitos problemas e limitações apresentadas na época. Como exemplo, citamos a necessidade do controle de pragas e de doenças.

O problema, já lançado, é que a técnica, nesse contexto, é colocada num plano subalterno, secundário, quando diante da ciência. Já na *tecné* de Aristóteles, contudo, não é isso o que encontramos. A técnica grega não é influenciada por determinada causa que lhe impõe condições (CARNEIRO, 2014, p. 44). É isso que nos move a afirmar a irracionalidade das súmulas dos tribunais, pois que, dentre outros fatores, parece mesmo comprometida por inteiro com o *fazer*. Afirmamos que, assim como o *criar* aristotélico envolve um verdadeiro caminho de raciocínio, e quer sempre trazer algo à existência, a decisão da lide deve acontecer com responsabilidade, considerando um também verdadeiro caminho de busca da resposta de um caso. Enfim, a decisão deve advir como fruto de um caminho de verdadeiro raciocínio percorrido.

Nessa nossa trilha, pôde-se observar que o paradigma objetivista teve sua morte como que preanunciada pela chegada do período moderno. Bem verdade que resistiu, embora bastante enfraquecido, pois que hoje vive a inspirar o *fazer* presente na edição das súmulas dos tribunais. De forma sintética, vimos que o mencionado paradigma era assentado na ideia de que o sentido dependia inarredavelmente do objeto. É essa a crítica que, dentre outras, fulmina a adoção da *técnica* das súmulas, pois que, verdadeiramente, a súmula é um lamentável exemplo de pretensão de antecipação do sentido, ou, em síntese, de resposta antes mesmo da pergunta. Dentre outros fatores determinantes para a derrocada desse paradigma, mencionamos a chegada do iluminismo e a necessidade de explicar o mundo a partir da subjetividade do sujeito pensante, onde o mundo passa a ser explicado pela razão. O sujeito, aí, é senhor do *objeto*.

Após, vimos, nos trilhos da hermenêutica filosófica, e mais uma vez caminhando com Wálber Araújo Carneiro, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, que o século XX começa a romper fortemente com o paradigma subjetivista, ou filosofia da consciência, pois que é chegada a hora do alvorecer do giro ontológico linguístico. Foi então que começamos a entender a importância da introdução da filosofia no mundo prático. Com a modernidade, vimos que a filosofia fora rebaixada, vista como inimiga da ciência e do desenvolvimento da técnica.

A partir de então, vimos que, com o giro ontológico linguístico, é na linguagem que se dá a ação, assim como na linguagem é que se dá o sentido. Se é na linguagem que o sujeito nasce, não há vida no sujeito que se pretende senhor do objeto. Não é na consciência do sujeito que estará o sentido. O sujeito anunciado pelo giro ontológico linguístico é o sujeito que se relaciona com os objetos. É assim que concluímos que a busca incansável pelo método, que condensa respostas sem a pergunta, ignora e afronta a necessidade de encontrarmos respostas corretas no direito, e dizemos *corretas* no sentido de encontrar a solução a partir e à luz do caso concreto, sempre respeitando o Estado Democrático de Direito.

Vimos, ainda, e isso é importante, que é claro que esse *sujeito* presente no giro ontológico linguístico também é dotado de pré-conceitos. Contudo, os preconceitos desse sujeito nada mais serão do que uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. E é assim que nossa conclusão é no sentido de que os preconceitos dos indivíduos formam a realidade histórica de seu ser e, assim, esses preconceitos são muito mais do que seus juízos (CARNEIRO, 2013, p. 87).

Disso tudo, quando estávamos a analisar, ainda que brevemente, o *sistema de precedentes* e a *súmula*, já no capítulo segundo, e em muito caminhando com Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, concluímos que o *precedente* está assentado numa específica tradição jurídica, que é distinta da tradição brasileira, constituída também pelo *civil law*. A resposta que deve ser apresentada a solucionar o caso concreto, como já afirmávamos, deve percorrer um caminho seguro e construído de forma legítima, com congruência e responsabilidade.

Quando analisávamos a teoria dos precedentes, pudemos perceber que esta faz a distinção entre texto e norma. Vimos, ainda, que não há aplicação automática do precedente sem que exista um exame prévio a respeito da aplicabilidade a determinado caso concreto que carece de solução. Já o enunciado de *súmula* não é aplicado após uma análise prévia que venha aferir a existência ou não, no caso a ser decidido, de uma razão generalizável existente num precedente.

Pudemos constatar, assim, que tal teoria é fruto de uma tradição jurídica distinta, conforme asseverávamos. Ali mesmo, no segundo capítulo, já afirmávamos a tradição jurídica como sendo um composto de costumes, práticas e hábitos, que são arraigados em determinada comunidade e condicionados historicamente, em relação à natureza do direito, bem como seu papel, no âmbito da sociedade. E com

isso, como já foi dito neste trabalho, não estamos a concluir pelo engessamento e isolamento de uma determinada tradição jurídica. O que queremos deixar claro, como nota conclusiva, é que o aprendizado, ou contato, ou chame-se mesmo de simbiose, deve ocorrer de forma responsável, ou seja, deve existir não como uma imposição típica de um objetivismo, que vê no objeto uma essência que o determinou e condicionou. Pelo contrário. Sabemos, a essa altura, que quem vive é o sujeito que se relaciona com o objeto, e não um sujeito que se assenhora do mesmo. Vimos também que os preconceitos, sempre existentes no sujeito, acontecem dentro da própria linguagem; são frutos da própria história do ser.

Agora, já debruçados mais detidamente sobre o teor do enunciado 385 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, vimos que o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 43, parágrafo quarto, dispõe que “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”. Assim, diante de tamanha relevância atribuída aos bancos de dados pelo CDC, e do fato de que são a eles que recorrem as empresas quando do momento em que estas precisam de informações mínimas para conceder crédito, as informações que veiculam devem ser inseridas de forma legítima e com imensa responsabilidade, pois certo que, do contrário, irão causar lesões à dignidade humana e, de forma estrita, aos direitos da personalidade.

Assim, vimos que, para que ocorra a negativação do consumidor em cadastro de restrição ao crédito é preciso que exista dívida exigível e de valor líquido e certo. Além disso, nos termos do artigo 43 do CDC, parágrafo segundo, é necessário que o consumidor seja notificado previamente acerca da negativação que estará por vir. Concluímos, também, que essa notificação tem, dentre outros objetivos, a pretensão de respeitar e preservar a dignidade do consumidor, além de oferecer-lhe tempo para que tome as devidas medidas judiciais ou extrajudiciais que se apresentem como necessárias, bem como possa insurgir-se à cobrança.

Também constatamos que, embora o verbete 385 da súmula do STJ estabeleça que “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”, se há violação aos artigos supramencionados, e a inscrição no cadastro de restrição creditícia é ilegítima, pouco importa se esta é

precedida ou não de inscrição legítima. E afirmamos isso com toda segurança, pois temos que o Estado Democrático de Direito não pode ser refém da pretensão paradigmática objetivista presente nas súmulas.

Outrossim, após examinarmos a Constituição da República Federativa do Brasil, nosso posicionamento se deu no sentido de que esta não excepciona o dever de indenizar daqueles que causam dano moral a outrem. Nesse sentido também dispõe o Código Civil, quando traz, em seu artigo 927, que “aquele que, por ato ilícito (artigo 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Assim, o verbete 385, dotado de objetivismo, nega o giro ontológico linguístico, pois, de logo, vai afastando o dano moral nas situações em que seu próprio enunciado descreve.

Contudo, será mesmo que todas as pessoas que são inscritas num cadastro de restrição ao crédito teriam como evitar a inscrição? Será mesmo que as coisas que acontecem no mundo, e que não estão sob controle do agente moral, não poderiam demonstrar a inevitabilidade da inscrição? E se estas coisas não estão sob controle do agente, elas devem mesmo ser descartadas quando do momento da decisão judicial? Enfim, parece-nos antidemocrático fugir a essas indagações. A nossa resposta é no sentido de que, muitas vezes, é inevitável a aludida inscrição, assim como estas coisas que acontecem no *mundo* não podem ser descartadas quando da decisão, sob pena de impedir que o *ser de um ente* possa mostrar-se. É assim que concluímos que as súmulas têm sacrificado a resposta que deve ser buscada em cada caso. O enunciado 385 da súmula do STJ também não foge a essa nossa crítica.

A tese aqui adotada, que, de maneira geral, filia-se às lições desenvolvidas por Sérgio Cavalieri Filho, em seu Programa de Responsabilidade Civil, é no sentido de que o dano moral, de forma ampla, é o resultado da violação à dignidade humana, que, sabemos, é inerente à capacidade humana de atribuir valores às coisas. Já de forma estrita, o dano moral resultará sempre que a ação de alguém venha a atingir os direitos da personalidade, como honra e imagem, dentre outros. E é também por isso que o enunciado 385, ao desconsiderar os direitos da personalidade e a dignidade da vítima da negativação ilegítima, colide com a Constituição.

Ademais, considerando tudo que já foi exposto no presente trabalho, concluímos pela inconstitucionalidade do enunciado 385 da súmula do STJ, pois que

pretende afastar o dever de indenizar aonde a Constituição jamais permitiu. Assim, é um típico dispositivo que contraria não somente a Constituição da República Federativa do Brasil, mas também a legislação infraconstitucional, que assegura o dever de indenizar quando evidente o dano moral.

Em verdade, como apontado no nosso terceiro capítulo, à luz das ideias de Lenio Streck e Georges Abboud, também das indispensáveis contribuições de Castanheira Neves, o enunciado 385 mais parece com um artigo de lei, dotado de generalidade e abstração e, escancaradamente, carrega a pretensão de ser aplicada indiscutivelmente pelo judiciário, sem que seja questionada sua racionalidade diante do caso concreto. E isso já é, novamente, uma diferença da aplicação do precedente judicial no *common law*, assim como compromete a busca pela realização da justiça. Desta forma, irracional que num sistema que permita o controle de constitucionalidade das leis não exista o controle de constitucionalidade de um enunciado sumulado, e pouco importa tratar-se de *súmula vinculante* ou de *súmula não*.

E em resposta àqueles que dizem que a *súmula* não possui natureza legislativa, e, portanto, não poderia sofrer o controle de constitucionalidade, temos, pois, que se a considerarmos como ato administrativo, emanado por uma autoridade do Poder Judiciário, o ato atinge a independência funcional do juiz, bem como a própria autonomia da atividade judicial, como defende Castanheira Neves, e, então, necessário seria a declaração de sua inconstitucionalidade (NEVES, p. 18). E mesmo que o ato venha do próprio Poder Judiciário, e não de outro, a função judicial estará sendo pervertida, e a independência funcional estaria sendo forçada a transformar-se em dependência e obediência (NEVES, p. 18).

Enfim, conforme já trabalhado, nossa conclusão é no sentido de que o juízo singular, ou mesmo um juízo colegiado, desde que no exercício da jurisdição, possa afastar a aplicação do enunciado 385 do STJ, em sede de controle de constitucionalidade difuso, em nome da independência funcional do juiz, do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da autonomia da própria atividade judicial, além do dever constitucional de indenizar pelo dano moral causado (conforme o artigo 5º, X, CF).

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito* / Walber Araújo Carneiro. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

DAVID, René. *O Direito Inglês* / René David; [tradução Eduardo Brandão; revisão técnica e da tradução Isabella Soares Micali] - São Paulo: Martins Fontes. 1997.

Filho, Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil* / Sergio Cavaliere Filho. – 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil, volume 03: Responsabilidade Civil* / Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil* / Carlos Roberto Gonçalves. – 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções 1789-1848* / Erick J. Hobsbawm. – 35ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015.

JÚNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais* / Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha. – 12ª ed. Salvador: JusPODIVM. 2014.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito* / Tércio Sampaio Ferraz Júnior. - 6ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.

MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de linguagem: de Platão a Foucault* / Danilo Marcondes. – 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 2ª ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MONCADA, L. Cabral de Oliveira. *Filosofia do Direito e do Estado*. I – Parte Histórica. II – Doutrina e Crítica. Coimbra: Coimbra Editora. 1998.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional* / Manoel Jorge e Silva Neto. – 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

NEVES, António Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais* / António Castanheira Neves. – Coimbra: Coimbra Editora. 1983.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor* / Rizzatto Nunes. – 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

PEREZ, Marcio Fernandez. A Polêmica Da Súmula 385 STJ – Exceção da Pré-negativação e o Dever de indenizar. *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, Nº 10, JUN/DEZ 2013. ISSN 2175-7119.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* / Lenio Luiz Streck, Georges Abboud. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* / Lenio Luiz Streck. – 4ª ed. - Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Dano Existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana* / Flaviana Rampazzo Soares. – Porto Alegre, 2007.

SOUZA, António José Ferreira Marnoco e. *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português* / António José Ferreira Mornoco e Souza. - 3ª ed. – Coimbra: França Amado, 1910.